



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2004 Vol. 1

1^{er} cahier, 2004 Vol. 1

Cited as [2004] 1 S.C.R. 3-216

Renvoi [2004] 1 R.C.S. 3-216

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêteuse en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR

Legal Counsel / Conseillers juridiques
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCIL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	76
Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision unconstitutionally vague or overbroad — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.	
Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision infringes right not to be subject to cruel and unusual treatment or punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.	
Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Children — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision infringes right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.	
Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.....	60
Bankruptcy — Proposals — Disclaimer of commercial leases — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether repudiation of leases under s. 65.2 relieved first tenant of its obligations as original lessee — Whether post-disclaimer, assignors and guarantors must be treated in same manner with respect to liability — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.	
Landlord and tenant — Commercial leases — Assignment clause — Insolvent commercial tenant — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether rights between landlords and original tenant affected by proceedings under s. 65.2 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.	
Giguère v. Chambre des notaires du Québec	3
Civil liability — Professional liability — Notaries — Indemnity fund — Elderly client selling property to notary for one dollar — Property later sold by notary for \$550,000 — Sale annulled by court — Notary declaring bankruptcy — Claim against Indemnity Fund of Chambre	

Continued on next page

SOMMAIRE

A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal.....	43
Relations de travail — Grève — Dispositions anti-briseur de grève — Injonction — Employeur cessant d'offrir les services exécutés par ses techniciens de scène en grève — Services techniques devenant à la charge des locataires de salles de spectacle — L'employeur enfreint-il l'art. 109.1b) du Code du travail qui lui interdit d'utiliser les services d'une personne à l'emploi d'un autre employeur pour remplir les fonctions des salariés en grève? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 109.1b).	
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général).....	76
Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition est-elle inconstitutionnellement imprécise ou a-t-elle une portée excessive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.	
Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.	
Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Enfants — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.	
Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.....	60
Faillite — Propositions — Résiliation de baux commerciaux — Baux cédés validement par le locataire à un cessionnaire devenu subséquemment insolvable — Avis du cessionnaire aux locateurs les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — La résiliation des baux effectuée en vertu de l'art. 65.2 a-t-elle libéré le premier locataire de ses obligations en tant que cessionnaire initial? — Après la résiliation d'un bail, les cédants et les garants devraient-ils être assujettis à la même responsabilité? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.	
<i>Suite à la page suivante</i>	

CONTENTS (Concluded)

des notaires — Administrative Committee of Chambre rejecting claim on ground that notary was acting in personal rather than professional capacity — Whether Administrative Committee's decision patently unreasonable — Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 8, s. 2.01 — Code of ethics of notaries, R.R.Q., c. N-2, r. 3, s. 4.02.01.

Civil liability — Professional liability — Notaries — Indemnity fund — Maximum indemnity payable for total claims against same notary established by regulation at \$300,000 — Whether ceiling excludes any award of interest or additional indemnity under Civil Code — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1617, 1619.

I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal.....43

Labour relations — Strike — Anti-strike breaking provision — Injunction — Employer ceasing to provide services performed by striking stage technicians — Tenants of performance halls becoming responsible for technical services — Whether employer infringed s. 109.1(b) of Labour Code, which prohibits employer from utilizing services of person employed by another employer to discharge duties of employees on strike — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 109.1(b).

R. v. Lyttle.....193

Criminal law — Evidence — Witnesses — Cross-examination — Right of accused to cross-examine prosecution witnesses — Whether counsel must provide evidentiary foundation for cross-examination or whether good faith basis sufficient for raising questions.

Criminal law — Procedural unfairness at trial — Curative proviso — Defence counsel obliged to call police investigators as her own witnesses against her wishes and to forfeit statutory right to address jury last — Whether resulting trial unfairness could be saved by applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

SOMMAIRE (Fin)

Locataires et locateurs — Baux commerciaux — Clause de cession — Locataire commercial insolvable — Baux cédés validement par le locataire à un cessionnaire devenu subséquemment insolvable — Avis du cessionnaire aux locataires les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — Les droits des locataires et du locataire initial ont-ils été touchés par les procédures engagées en vertu de l'art. 65.2? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.

Giguère c. Chambre des notaires du Québec3

Responsabilité civile — Responsabilité professionnelle — Notaires — Fonds d'indemnisation — Cliente âgée vendant à son notaire son immeuble pour la somme d'un dollar — Immeuble revendu par le notaire pour 550 000 \$ — Vente annulée par le tribunal — Notaire déclarant faillite — Réclamation contre le Fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires — Comité administratif de la Chambre refusant la réclamation au motif que le notaire agissait en sa qualité personnelle plutôt que professionnelle — La décision du Comité administratif est-elle manifestement déraisonnable? — Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 8, art. 2.01 — Code de déontologie des notaires, R.R.Q., ch. N-2, r. 3, art. 4.02.01.

Responsabilité civile — Responsabilité professionnelle — Notaires — Fonds d'indemnisation — Indemnité maximale payable pour le total des réclamations contre le même notaire fixée par règlement à 300 000 \$ — Cette limite exclut-elle le versement des intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle prévus au Code civil du Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1617, 1619.

R. c. Lyttle.....193

Droit criminel — Preuve — Témoins — Contre-interrogatoire — Droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge — L'avocat doit-il présenter des éléments de preuve au soutien de son contre-interrogatoire ou est-il suffisant qu'il soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions?

Droit criminel — Iniquité procédurale au procès — Disposition réparatrice — L'avocate de la défense a été obligée d'assigner elle-même les policiers enquêteurs et de renoncer au droit que lui reconnaît la loi de s'adresser au jury en dernier — L'injustice en résultant pouvait-elle être corrigée par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

**Canada
Supreme Court
Reports**

Volume 1, 2004

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

1^{er} volume, 2004

Serge Giguère, ès qualités Appellant

v.

Chambre des notaires du Québec Respondent

and

Comité administratif de la Chambre des notaires du Québec Intervener

INDEXED AS: GIGUÈRE v. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

Neutral citation: 2004 SCC 1.

File No.: 28901.

2003: June 5; 2004: January 29.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil liability — Professional liability — Notaries — Indemnity fund — Elderly client selling property to notary for one dollar — Property later sold by notary for \$550,000 — Sale annulled by court — Notary declaring bankruptcy — Claim against Indemnity Fund of Chambre des notaires — Administrative Committee of Chambre rejecting claim on ground that notary was acting in personal rather than professional capacity — Whether Administrative Committee's decision patently unreasonable — Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 8, s. 2.01 — Code of ethics of notaries, R.R.Q., c. N-2, r. 3, s. 4.02.01.

Civil liability — Professional liability — Notaries — Indemnity fund — Maximum indemnity payable for total claims against same notary established by regulation at \$300,000 — Whether ceiling excludes any award of interest or additional indemnity under Civil Code — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1617, 1619.

Serge Giguère, ès qualités Appellant

c.

Chambre des notaires du Québec Intimée

et

Comité administratif de la Chambre des notaires du Québec Intervenant

RÉPERTORIÉ : GIGUÈRE c. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

Référence neutre : 2004 CSC 1.

Nº du greffe : 28901.

2003 : 5 juin; 2004 : 29 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Responsabilité professionnelle — Notaires — Fonds d'indemnisation — Cliente âgée vendant à son notaire son immeuble pour la somme d'un dollar — Immeuble revendu par le notaire pour 550 000 \$ — Vente annulée par le tribunal — Notaire déclarant faillite — Réclamation contre le Fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires — Comité administratif de la Chambre refusant la réclamation au motif que le notaire agissait en sa qualité personnelle plutôt que professionnelle — La décision du Comité administratif est-elle manifestement déraisonnable? — Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 8, art. 2.01 — Code de déontologie des notaires, R.R.Q., ch. N-2, r. 3, art. 4.02.01.

Responsabilité civile — Responsabilité professionnelle — Notaires — Fonds d'indemnisation — Indemnité maximale payable pour le total des réclamations contre le même notaire fixée par règlement à 300 000 \$ — Cette limite exclut-elle le versement des intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle prévus au Code civil du Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1617, 1619.

By private writing, Mrs. H sold her home to her notary for \$1 "and other good and valuable consideration". The notary, who had been handling H's affairs for many years, drafted the deed of sale himself. After the notary tried to sell the property, both H's brother and her nephew G, who was now H's curator under a protection order, filed a complaint with the syndic of the Chambre des notaires du Québec. The complaints were held to be unfounded. Meanwhile the notary sold the property for \$550,000 and H died. The Superior Court annulled the sale and ordered the notary to reimburse H's succession over \$1 million. The notary having declared bankruptcy, the succession claimed reimbursement from the Chambre's indemnity fund for the value of the house and other misappropriations. The Chambre's Indemnity Committee recommended that certain amounts be repaid to the succession, but recommended refusal of the claim in respect of the property on the ground that the notary was not acting in the exercise of his profession when he swindled it from H and therefore his actions did not come within the terms of the regulation governing the indemnity fund. The recommendations were later adopted by the Administrative Committee on behalf of the Chambre. The Superior Court dismissed the application for judicial review, concluding that the Administrative Committee's decision was not patently unreasonable. The Court of Appeal affirmed that decision.

Held (Deschamps J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.: The Administrative Committee's decision against indemnifying the succession on the ground that the notary was acting in a personal rather than a professional capacity is patently unreasonable. The Administrative Committee's error is predicated on a basic misunderstanding of the professional responsibilities of notaries in Quebec law, the relationship between H and the notary, and the purposes of the indemnity fund. So gross a legal error cannot be shielded by the privative clause in s. 4.03 of the Regulation respecting the indemnity fund.

For all his false pretences of friendship, the notary was above all H's legal adviser within the meaning of the law. The professional, rather than personal, nature of the relationship is not only true as a matter of fact but required as a matter of law. The notary's professional duty to advise H impartially was engaged by this transaction. The requirement of notarial impartiality governs the duty of notaries to advise their clients and the parties to acts

M^{me} H a vendu, par acte sous seing privé, sa maison à son notaire pour un montant de un dollar « et autres bonnes et valables considérations ». Le notaire, qui s'occupait des affaires de H depuis de nombreuses années, a lui-même rédigé l'acte de vente. Après que le notaire eut tenté de vendre l'immeuble, le frère de H et son neveu G, devenu curateur de H en vertu d'une ordonnance de protection, ont déposé chacun une plainte auprès du syndic de la Chambre des notaires du Québec. Les plaintes ont été jugées non fondées. Dans l'intervalle, le notaire a vendu l'immeuble pour un montant de 550 000 \$ et H est décédée. La Cour supérieure a annulé la vente et a ordonné au notaire de rembourser plus d'un million de dollars à la succession de H. Le notaire ayant fait faillite, la succession a demandé à la Chambre de lui rembourser, à même son fonds d'indemnisation, la valeur de l'immeuble et d'autres sommes détournées. Le Comité d'indemnisation de la Chambre a recommandé que la succession soit remboursée de certaines sommes, mais que soit rejetée la réclamation au titre de l'immeuble au motif que le notaire n'agissait pas dans l'exercice de sa profession lorsqu'il l'a acquis frauduleusement de H et, partant, sa conduite n'était pas visée par le règlement régissant le fonds d'indemnisation. Les recommandations ont été entérinées par le Comité administratif au nom de la Chambre. La Cour supérieure a rejeté la demande de contrôle judiciaire, concluant que la décision du Comité administratif n'était pas manifestement déraisonnable. La Cour d'appel a confirmé la décision.

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Bastarache, Binnie et LeBel : La décision du Comité administratif refusant d'indemniser la succession au motif que le notaire agissait en sa qualité personnelle plutôt que professionnelle est manifestement déraisonnable. L'erreur commise par le Comité administratif est fondée sur une méconnaissance fondamentale des responsabilités professionnelles des notaires en droit québécois, de la relation entre H et son notaire, ainsi que du but de l'établissement du fonds d'indemnisation. Une erreur de droit à ce point grossière ne peut bénéficier de la protection de la clause privative contenue à l'art. 4.03 du règlement concernant le fonds d'indemnisation.

Même s'il feignait d'entretenir des liens d'amitié avec H, le notaire était avant tout son conseiller juridique au sens de la loi. La nature professionnelle plutôt que personnelle de la relation ressort non seulement des faits, mais de la loi elle-même. Par la transaction, l'obligation professionnelle du notaire de conseiller H avec impartialité a été engagée. L'exigence d'impartialité à laquelle les notaires sont tenus sous-tend le devoir qu'ils ont de

they prepare. The fact that this transaction occurred by private writing does not in any sense render it a personal act. The duty of an independent legal adviser remains the same in the circumstances. Any characterization of the transaction must also be considered in the light of the purposes of the indemnity fund. One of those purposes is to protect clients from misdeeds by notaries that, due to their intentional nature, will not be covered by professional liability insurance. By characterizing the transaction as personal, the two Committees took the notary's fraud outside the scope of the fund, thus revoking the very protection the fund is intended to give. This decision opens a gap between notaries' ethical obligations, as set out in s. 4.02.01(b) of the *Code of ethics of notaries*, and the remedy for breach of those obligations, which is supposed to be provided, in the last resort, by the indemnity fund.

Before this Court, the Chambre raised for the first time an argument to the effect that no indemnity was payable to the succession because the property does not come within the terms of the Regulation, since it is not "a sum of money or other security". There is no reason to believe that this limited understanding of "other security" actually informed the Committees' decisions. In any case, in view of the judgment annulling the sale, the deed of sale is deemed never to have existed. Under art. 1422 and 1701 C.C.Q., the concern is not with H's house but with its value and at least the proceeds the notary earned from selling it to third party purchasers. There is no disputing that those proceeds are sums of money. This matter should not be sent back to the Chambre so that it can decide this point. There is no dispute as to quantum and to send the matter back would serve to reward the Chambre for the tardiness with which it has raised this argument.

The maximum indemnity payable from the fund for the total claims against the same notary is \$300,000. That limit is not a constraint on awards of interest at the legal rate under art. 1617 C.C.Q. and does not oust the Court's power to award an additional indemnity under art. 1619 C.C.Q. These articles seek to compensate creditors for not having access to their funds and to encourage debtors to restore such funds promptly. Here, the succession, having already received \$112,535.96 out of these funds, is entitled to the amount of \$187,464.04 plus interest at the legal rate and additional indemnity, both payable from May 3, 1996, being the date on which the Administrative Committee rendered its decision.

conseiller leurs clients et les parties à un acte qu'ils préparent. Le fait que cette transaction ait pris la forme d'un acte sous seing privé ne lui confère aucunement la qualité d'acte personnel. Le devoir de conseil désintéressé demeurait entier dans les circonstances. De plus, toute caractérisation de la transaction doit également tenir compte de la finalité du fonds d'indemnisation. Le fonds d'indemnisation vise notamment à protéger les clients contre les méfaits des notaires dont le caractère intentionnel aura pour effet de les exclure de la couverture offerte par l'assurance-responsabilité professionnelle. En qualifiant la transaction de personnelle, les deux comités ont située la fraude du notaire hors du champ d'application du fonds, niant par le fait même la protection précise que le fonds vise à conférer. Cette décision crée une rupture entre les obligations déontologiques des notaires, énoncées à l'al. 4.02.01b) du *Code de déontologie des notaires*, et la réparation pour violation de ces obligations que le fonds d'indemnisation est censé fournir en dernier ressort.

Devant notre Cour, la Chambre a soulevé, pour la première fois, l'argument voulant qu'aucune indemnité n'était payable à la succession parce que l'immeuble, n'étant pas une « somme d'argent ou autre valeur », ne serait pas visé par le règlement. Rien ne permet de penser que les décisions des comités reposent sur cette interprétation restrictive de l'expression « autres valeurs ». Quoi qu'il en soit, vu le jugement prononçant l'annulation de la vente, l'acte de vente est réputé n'avoir jamais existé. Selon les art. 1422 et 1701 C.C.Q., il faut s'intéresser, non pas à la maison de H, mais bien à sa valeur et à tout le moins au produit qu'a obtenu le notaire de la vente à des tiers acheteurs. Nul ne peut contester que le produit de la vente constitue une somme d'argent. Il n'y a pas lieu de renvoyer l'affaire devant la Chambre pour qu'elle détermine cette question. Le quantum des dommages-intérêts ne cause aucun problème et un tel renvoi aurait pour effet de récompenser la Chambre pour la tardiveté de son argument.

L'indemnité maximale payable à même le fonds pour le total des réclamations contre le même notaire est de 300 000 \$. Cette limite ne constitue pas une restriction à l'octroi de l'intérêt au taux légal en vertu de l'art. 1617 C.C.Q. et ne fait pas non plus échec au pouvoir de la Cour d'accorder une indemnité additionnelle en application de l'art. 1619 C.C.Q. Ces articles visent à compenser les créanciers privés des sommes qui leur sont dues et à inciter les débiteurs à leur remettre ces sommes promptement. En l'espèce, la succession ayant déjà obtenu 112 535,96 \$, elle a droit à un montant de 187 464,04 \$, auquel s'ajoutent les intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle, tous deux payables à compter du 3 mai 1996, soit la date à laquelle le Comité administratif a rendu sa décision.

Per Deschamps J. (dissenting): The interpretation of s. 2.01 of the Regulation creating the indemnity fund adopted by the Administrative Committee is not unreasonable. The approach and conclusion adopted by the majority mean that administrative tribunals are left no margin for interpretation. Neither the analysis nor the conclusion made is in keeping with the strong privative clause, the expertise of the Committee's members, the nature of the issue, which is a simple claim for indemnification, or the purpose of the Regulation.

Four cumulative elements must be established in order to give rise to the protection afforded by s. 2.01 of the Regulation: (1) there must be *sums of money or other securities*; (2) they must have been *delivered* to the notary; (3) they must have been delivered *in the practice of his profession*; and (4) the notary must have *used* them *for purposes other* than those for which they had been delivered to him. The Administrative Committee's decision is not founded solely on its opinion that the notary was not acting in the practice of his profession. Even if the notary was acting in the practice of his profession, the other three conditions still have to be examined before ruling on the entitlement to indemnification. In the Committee's opinion, the claim should have been refused because three of the prerequisites to protection were not met. It was not necessary for the Committee to rule on the words "sums of money or other securities". Administrative tribunals cannot be expected to conduct an exhaustive examination of all possible grounds that could potentially support their decision. Moreover, equating the property with a sum of money imposes an *ex post facto* analysis of the property delivered. This interpretation does not square well with the context of the Regulation, which calls for the property to be characterized upon its delivery, rather than after its conversion or disposition.

A regulation explicitly specifying that coverage extends to sums of money or other securities delivered to a notary and used for purposes other than those authorized by the client can be interpreted differently from one that protects against any dishonest transaction. Since requirements (2) and (4) are difficult to reconcile with extortion or fraud, one could perhaps conclude that such acts are not covered by the Regulation. It is therefore not unreasonable to conclude that the unlawful act committed by the notary is more properly characterized as fraud, a dishonest transaction or a fraudulent tactic than as a misappropriation of funds, and that only a misappropriation of funds gives rise to indemnification under the fund.

Even if the Administrative Committee's decision was unreasonable, the case should be referred back to

La juge Deschamps (dissidente) : L'interprétation de l'art. 2.01du règlement qui prévoit la création du fonds d'indemnisation retenue par le Comité administratif n'est pas déraisonnable. L'approche et la conclusion adoptées par les juges majoritaires font que la marge interprétative laissée au tribunal administratif est nulle. Ni l'analyse de la disposition en cause, ni la conclusion retenue ne tiennent compte de la clause privative rigoureuse, de l'expertise des membres du Comité, de la nature de la question, qui est une simple demande d'indemnisation, ou de l'objet du règlement.

Quatre conditions cumulatives doivent être établies afin de donner ouverture à la protection offerte par l'art. 2.01 du règlement : (1) il doit s'agir de *sommes d'argent ou autres valeurs*; (2) elles doivent avoir été *remises* au notaire; (3) elles doivent lui avoir été remises *dans l'exercice de sa profession*; et (4) le notaire doit avoir *utilisé* ces sommes ou valeurs *à d'autres fins* que celles pour lesquelles elles lui avaient été remises. La décision du Comité administratif n'est pas uniquement fondée sur son opinion que le notaire n'agissait pas dans l'exercice de sa profession. Même si le notaire agissait dans l'exercice de sa profession, les trois autres conditions doivent être examinées avant de conclure au droit à l'indemnisation. Selon le Comité, la réclamation devait être refusée parce que trois des conditions requises n'étaient pas remplies. Il n'était pas nécessaire que le Comité se prononce sur l'expression « *sommes d'argent ou autres valeurs* ». On ne peut exiger des tribunaux administratifs qu'ils fassent une étude exhaustive de tous les motifs pouvant potentiellement justifier leur décision. De plus, faire une équation entre l'immeuble et une somme d'argent impose une analyse après coup de la nature du bien remis. Cette interprétation colle mal au contexte du règlement, qui dicte une qualification du bien lors de sa remise et non après sa transformation ou sa disposition.

Un règlement qui spécifie explicitement que la couverture vise les sommes ou autres valeurs remises à un notaire et utilisées à des fins autres que celles autorisées par le client peut être interprété différemment d'un autre qui protège contre toute opération malhonnête. Si les conditions (2) et (4) se prêtent mal à l'extorsion ou à l'obtention frauduleuse du bien, c'est peut-être parce que ces actions ne sont pas visées par le règlement. Il n'est donc pas déraisonnable de soutenir que l'acte illicite commis par le notaire s'apparente davantage à une fraude, à une opération malhonnête ou à une manœuvre dolosive qu'à un détournement de fonds et que seul ce dernier comportement ouvre droit à indemnisation par le fonds.

Même si la conclusion du Comité administratif était déraisonnable, le dossier devrait lui être retourné pour

the Committee so that it could render a decision on the aspects of the case it has not yet ruled on. None of the exceptions that would allow a court to substitute its opinion for that of the administrative tribunal applies here. It would be difficult for the Court, without usurping the function of the Committee, to substitute its own judgment for that of the Committee with respect to the meaning of "sums of money or other securities". The fact that a considerable amount of time has passed since the Committee rendered its decision is not an exceptional circumstance that would warrant not remitting the case to the Committee. The delay is inherent to the judicial process. There is no special reason that would justify having the Court award compensation or determine the outcome of the claim. Such a conclusion would put the Court outside the boundaries of judicial review.

Cases Cited

By Gonthier J.

Approved: *Ayotte v. Boucher* (1883), 9 S.C.R. 460; **referred to:** *Comité administratif de l'Ordre des comptables agréés du Québec v. Schwarz*, [2001] R.J.Q. 920; *Hinkova v. Ordre des pharmaciens du Québec*, [2000] Q.J. No. 1445 (QL); *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] S.C.R. 394; *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705.

By Deschamps J. (dissenting)

Gilde des employés de Super Carnaval (Lévis) v. Tribunal du travail, [1986] R.J.Q. 1556; *Pelletier v. Cour du Québec*, [2002] R.J.Q. 2215; *Gardner v. Air Canada*, J.E. 99-1143; *Panneaux Vicply inc. v. Guindon*, J.E. 98-109; *Commissaire à la déontologie policière v. Bourdon*, [2000] R.J.Q. 2239; *Comité de déontologie policière v. Millette*, J.E. 2000-591; *Compagnie des transformateurs Philips Ltée v. Métallurgistes unis d'Amérique, local 7812*, [1985] C.A. 684; *Matane (Ville de) v. Fraternité des policiers et pompiers de la Ville de Matane inc.*, [1987] R.J.Q. 315; *Ordre des audioprothésistes du Québec v. Chanteur*, [1996] R.J.Q. 539; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the distribution of financial products and services, R.S.Q., c. D-9.2, s. 274.

qu'il statue sur les aspects du dossier sur lesquels il ne s'est pas prononcé. En l'espèce, aucune des exceptions permettant à une cour de substituer son opinion à celle du tribunal administratif ne trouve application. La Cour peut difficilement, sans usurper la fonction du Comité, se substituer à lui quant au sens à donner à l'expression « sommes d'argent ou autres valeurs ». Le fait qu'un délai se soit écoulé depuis le moment où le Comité a prononcé sa décision n'est pas une circonstance exceptionnelle justifiant de ne pas retourner le dossier au Comité. Il s'agit du délai inhérent au processus judiciaire. Aucune justification particulière n'autorise la Cour à prononcer une condamnation pécuniaire ni à dicter le sort de la réclamation. Une telle conclusion déborde ici le cadre de la révision judiciaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêt approuvé : *Ayotte c. Boucher* (1883), 9 R.C.S. 460; **arrêts mentionnés :** *Comité administratif de l'Ordre des comptables agréés du Québec c. Schwarz*, [2001] R.J.Q. 920; *Hinkova c. Ordre des pharmaciens du Québec*, [2000] J.Q. n° 1445 (QL); *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] R.C.S. 394; *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*, [1982] 2 R.C.S. 866; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Gilde des employés de Super Carnaval (Lévis) c. Tribunal du travail, [1986] R.J.Q. 1556; *Pelletier c. Cour du Québec*, [2002] R.J.Q. 2215; *Gardner c. Air Canada*, J.E. 99-1143; *Panneaux Vicply inc. c. Guindon*, J.E. 98-109; *Commissaire à la déontologie policière c. Bourdon*, [2000] R.J.Q. 2239; *Comité de déontologie policière c. Millette*, J.E. 2000-591; *Compagnie des transformateurs Philips Ltée c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 7812*, [1985] C.A. 684; *Matane (Ville de) c. Fraternité des policiers et pompiers de la Ville de Matane inc.*, [1987] R.J.Q. 315; *Ordre des audioprothésistes du Québec c. Chanteur*, [1996] R.J.Q. 539; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1422, 1617, 1619, 1701.

- Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1422, 1617, 1619, 1701.
- Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 846, 878.
- Code of ethics of notaries*, (2002) 134 O.G. II, 4561, ss. 18, 30.
- Code of ethics of notaries*, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 3, s. 3.01.05, 3.02.04, 3.03.04, 3.04.01, 4.02.01(b).
- Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 51(5).
- Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, c. L-8, s. 89(2).
- Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, s. 31(4).
- Notarial Act*, R.S.Q., c. N-2, ss. 2(1), 4(1), 4(3), 15(b).
- Notaries Act*, R.S.Q., c. N-3, ss. 10, 11.
- Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, s. 89.
- Real Estate Brokerage Act*, R.S.Q., c. C-73.1, s. 155.
- Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act*, (1993) 125 O.G. II, 7041, ss. 28 et seq.
- Regulation respecting the eligibility of a claim submitted to the Fonds d'indemnisation des services financiers*, (1999) 131 O.G. II, 2091.
- Regulation respecting the indemnity fund of the Barreau du Québec*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 6, s. 1.01.
- Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec*, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 8, ss. 2.01, 4.03, 4.04 [am. (1986) 118 O.G. II, 889].
- Regulation respecting the indemnity fund of the Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 12, s. 2.01.
- Regulation respecting the indemnity fund of the Corporation professionnelle des comptables généraux licenciés du Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 33, s. 2.01.
- Regulation respecting the indemnity fund of the Ordre des comptables agréés du Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-48, r. 6, s. 2.01.
- Regulation respecting trust accounting by bailiffs and the indemnity fund of the Chambre des huissiers de justice du Québec*, (1999) 131 O.G. II, 220, s. 21.
- Code de déontologie des notaires*, (2002) 134 G.O. II, 5969, art. 18, 30.
- Code de déontologie des notaires*, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 3, art. 3.01.05, 3.02.04, 3.03.04, 3.04.01, 4.02.01b).
- Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 846, 878.
- Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, art. 89.
- Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, ch. L-8, art. 89(2).
- Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, ch. 9, art. 31(4).
- Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., ch. D-9.2, art. 274.
- Loi sur la Société du Barreau*, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 51(5).
- Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., ch. C-73.1, art. 155.
- Loi sur le notariat*, L.R.Q., ch. N-2, art. 2(1), 4(1), 4(3), 15b).
- Loi sur le notariat*, L.R.Q., ch. N-3, art. 10, 11.
- Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier*, (1993) 125 G.O. II, 9059, art. 28 et suiv.
- Règlement sur l'admissibilité d'une réclamation au Fonds d'indemnisation des services financiers*, (1999) 131 G.O. II, 3072.
- Règlement sur la comptabilité en fidéicommis des huissiers de justice et sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des huissiers de justice du Québec*, (1999) 131 G.O. II, 454, art. 21.
- Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 8, art. 2.01, 4.03, 4.04 [mod. (1986) 118 G.O. II, 1663].
- Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. C-26, r. 12, art. 2.01.
- Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Corporation professionnelle des comptables généraux licenciés du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. C-26, r. 33, art. 2.01.
- Règlement sur le fonds d'indemnisation de l'Ordre des comptables agréés du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. C-48, r. 6, art. 2.01.
- Règlement sur le fonds d'indemnisation du Barreau du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 6, art. 1.01.

Authors Cited

- Anonyme. "Rôle du notaire dans l'acte sous seing privé" (1911), 14 *R. du N.* 56.
- Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 2003.

Doctrine citée

- Anonyme. « Rôle du notaire dans l'acte sous seing privé » (1911), 14 *R. du N.* 56.
- Association du Barreau canadien. Comité spécial sur la déontologie juridique. *Code de déontologie professionnelle*. Toronto : L'Association, 1988.
- Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 6^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Canadian Bar Association. Special Committee on Legal Ethics. *Code of Professional Conduct*. Toronto: The Association, 1988.
 Marquis, Paul-Yvan. *La responsabilité civile du notaire*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.
 Roy, Alain. *Déontologie et procédure notariales*. Montréal: Thémis, 2002.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.R.A. 876, [2001] Q.J. No. 3900 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [1997] R.J.Q. 1674, [1997] Q.J. No. 1038 (QL). Appeal allowed, Deschamps J. dissenting.

Jean-Paul Duquette, Pascale Closson-Duquette and Marie-Noëlle Closson-Duquette, for the appellant.

Sylvain Généreux and Sophie Lauzon, for the respondent.

No one appearing for the intervener.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. were delivered by

GONTHIER J.—This appeal concerns the decision of the Administrative Committee of the Chambre des notaires du Québec (the “Administrative Committee”) not to indemnify the succession of a woman defrauded by her notary. For the reasons that follow, I find that that decision is patently unreasonable and should be quashed. I also order the respondents to make the required indemnity.

I. Facts

Mrs. Marie-Rose Hamel Longpré was born in Sainte-Thérèse, Quebec in 1915. During the Second World War, she and her husband moved to the nearby town of Blainville, where they built a house for themselves. Her husband died in action in the 1940s, only a few years after the move. She never remarried and had no children.

Mrs. Hamel had a close relationship with her two notaries, Mr. Georges-Étienne Filiatroult and his son

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 2003.

Marquis, Paul-Yvan. *La responsabilité civile du notaire*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.
 Roy, Alain. *Déontologie et procédure notariales*. Montréal : Thémis, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [2001] R.R.A. 876, [2001] J.Q. n° 3900 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1997] R.J.Q. 1674, [1997] A.Q. n° 1038 (QL). Pourvoi accueilli, la juge Deschamps est dissidente.

Jean-Paul Duquette, Pascale Closson-Duquette et Marie-Noëlle Closson-Duquette, pour l’appelant.

Sylvain Généreux et Sophie Lauzon, pour l’intimée.

Personne n’a comparu pour l’intervenant.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Major, Bastarache, Binnie et LeBel a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi vise la décision du Comité administratif de la Chambre des notaires du Québec (le « Comité administratif ») de ne pas indemniser la succession d’une femme spoliée par son notaire. Pour les motifs qui suivent, j’estime que cette décision est manifestement déraisonnable et qu’il y a lieu de l’annuler. J’ordonne également aux intimés de verser l’indemnité qui s’impose.

I. Faits

M^{me} Marie-Rose Hamel Longpré est née en 1915 à Sainte-Thérèse (Québec). C'est au cours de la Deuxième Guerre mondiale qu'elle s'est installée avec son mari dans la ville avoisinante de Blainville, où ils se sont construit une maison. Son mari est mort en service dans les années 40, soit quelques années seulement après le déménagement. Elle ne s'est jamais remariée et n'a jamais eu d'enfant.

M^{me} Hamel était très proche de ses deux notaires, M^e Georges-Étienne Filiatroult et son fils

1

2

3

Mr. Nolan Filiatrault. When Mrs. Hamel's husband died, it was Mr. Filiatrault, the father, who received the declaration of death. He continued to handle the widow's legal affairs, then passed them on to Mr. Filiatrault, his son. Mrs. Hamel's relationship with the two men lasted over 50 years.

4 As she aged, Mrs. Hamel began to decline mentally. She suffered from delusions and paranoia. Still, she continued to live alone in her house. Mr. Nolan Filiatrault looked after her affairs. He cashed her pension cheques and tended to other business. He described himself and his father, now deceased, as Mrs. Hamel's only friends.

5 But Mr. Filiatrault's friendship came at a price. The notary, who has since been disciplined by the Chambre and struck from the roll, took advantage of Mrs. Hamel's compromised state to defraud her. He applied to the federal government for back payment of Mrs. Hamel's old age pension, for which she had not applied for fear of losing her widow's pension, then kept the back payment of over \$17,000 for himself. He sold land owned by Mrs. Hamel and misused the proceeds. He even forged her signature to withdraw funds from a trust account in her name. Emboldened perhaps by the success of these scams, he next turned his attention to Mrs. Hamel's house.

6 By private writing dated October 25, 1989, Mrs. Hamel sold her home to her notary for \$1 [TRANSLATION] "and other good and valuable consideration" ("et autres bonnes et valables considérations"). Mr. Filiatrault drafted the deed of sale himself. Mrs. Hamel signed it, in her tremulous hand, on October 25, 1989. Under Mr. Filiatrault's signature one reads, "M^e Nolan Filiatrault, notaire".

7 Finally, Mr. Filiatrault instigated a protection proceeding in respect of Mrs. Hamel's person and property, although at this point there was little left, financially speaking, to protect. The proceeding was formally brought by Mrs. Hamel's nephew,

M^e Nolan Filiatrault. Lorsque le mari de M^{me} Hamel est décédé, c'est M^e Filiatrault père qui a reçu la déclaration de décès. Celui-ci a continué à s'occuper des affaires d'ordre juridique de la veuve avant de les confier à M^e Filiatrault fils. La relation qu'entretenait M^{me} Hamel avec les deux hommes a duré plus de 50 ans.

Avec l'âge, les facultés mentales de M^{me} Hamel ont commencé à décliner. Elle a souffert de délires et de paranoïa mais a continué à vivre seule dans sa maison. M^e Nolan Filiatrault s'occupait de ses affaires. Il encaissait ses chèques de pension et lui rendait d'autres services. Selon ses dires, son père — aujourd'hui décédé — et lui étaient les seuls amis de M^{me} Hamel.

L'amitié de M^e Filiatrault avait cependant un prix. Le notaire, contre qui la Chambre a depuis pris des mesures disciplinaires et qui est maintenant radié du tableau de l'Ordre, a profité de l'état vulnérable de M^{me} Hamel pour la spolier. Il a réclamé du gouvernement fédéral, pour ensuite les conserver, les arrérages de la pension de vieillesse de M^{me} Hamel, qui s'élevaient à plus de 17 000 \$ et qu'elle-même n'avait pas réclamés par crainte de perdre sa pension de veuve. Il a procédé à la vente d'un terrain appartenant à M^{me} Hamel et s'en est approprié le produit. Il est même allé jusqu'à contrefaire la signature de M^{me} Hamel pour retirer des fonds d'un compte en fidéicommis à son nom. Sans doute encouragé par la réussite de ces escroqueries, il s'est ensuite tourné vers la maison de M^{me} Hamel.

Par acte sous seing privé en date du 25 octobre 1989, M^{me} Hamel a vendu sa maison à son notaire pour un dollar « et autres bonnes et valables considérations ». M^e Filiatrault a lui-même rédigé l'acte de vente. M^{me} Hamel l'a signé de sa main tremblante le 25 octobre 1989. On peut lire sous la signature de M^e Filiatrault : « M^e Nolan Filiatrault, notaire ».

Finalement, M^e Filiatrault a présenté une requête pour ouverture d'un régime de protection aux biens et à la personne de M^{me} Hamel, même s'il ne restait à ce stade que peu de choses à protéger sur le plan financier. L'instance a été formellement introduite

Jean-Paul Giguère. It required an examination of Mrs. Hamel pursuant to art. 878 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. When asked whom she wanted to take care of her and her affairs, Mrs. Hamel replied, [TRANSLATION] "Mr. Filiatrault". When asked why, she said simply, [TRANSLATION] "Because I need a lawyer".

Mr. Filiatrault began trying to sell Mrs. Hamel's property almost as soon as he acquired it. His efforts aroused the suspicion of Mrs. Hamel's brother, Mr. Josephat Hamel. Mr. Hamel consulted his notary and wrote a letter of complaint to the syndic of the Chambre des notaires du Québec (the "Chambre"). So too did Mr. Giguère, who was now Mrs. Hamel's curator under the protection order. A representative of the Chambre (which is the respondent in this appeal) replied to Mr. Hamel nearly four months later. He said that he had spoken to Mr. Filiatrault about the matter and was satisfied Mr. Hamel's complaint was unfounded. He noted that Mrs. Hamel herself had made no complaint. He advised Mr. Hamel that the file was now closed. In a similar letter to counsel for Mr. Giguère, the Chambre's representative described the sale as a personal transaction between Mr. Filiatrault and Mrs. Hamel. Meanwhile Mr. Filiatrault sold the property in three parts for a total sale price of \$550,000. Mrs. Hamel relocated to a seniors' residence.

Mr. Giguère continued to contest the sale. Finally in late 1995 Marx J. of the Superior Court of Quebec annulled the transaction. The evidence before him was that Mrs. Hamel had been legally incompetent since the late 1970s and that she placed blind trust in Mr. Filiatrault. She would sign anything he asked her to, when he did not simply forge her signature himself. Marx J.'s annulment of the deed of sale came too late for Mrs. Hamel, who died earlier that year. The court ordered Mr. Filiatrault to reimburse the Hamel succession (the "succession") over \$1 million.

par le neveu de M^{me} Hamel, Jean-Paul Giguère. M^{me} Hamel devait subir une évaluation en application de l'art. 878 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. Interrogée sur l'identité de la personne qu'elle voulait voir prendre soin d'elle et de ses affaires, M^{me} Hamel a répondu : « Le notaire Filiatrault ». Quand on lui a demandé pourquoi, elle a simplement répondu : « Parce que ça prend un homme de loi ».

Presque aussitôt après en avoir fait l'acquisition, M^e Filiatrault tentait de vendre l'immeuble de M^{me} Hamel. Ses démarches ont éveillé les soupçons du frère de M^{me} Hamel, M. Josephat Hamel. M. Hamel a consulté son notaire et a déposé une plainte auprès du syndic de la Chambre des notaires du Québec (la « Chambre »). Devenu curateur de M^{me} Hamel en vertu de l'ordonnance de protection, M. Giguère en a fait autant. Un représentant de la Chambre (l'intimée en l'espèce) a répondu à M. Hamel près de quatre mois plus tard. Il l'a informé qu'il avait communiqué avec M^e Filiatrault à ce sujet et qu'il estimait que sa plainte n'était pas fondée. Il a relevé que M^{me} Hamel elle-même n'avait jamais déposé de plainte et a avisé M. Hamel de la fermeture du dossier. Dans une lettre similaire adressée à l'avocat de M. Giguère, le représentant de la Chambre a qualifié la vente de transaction personnelle entre M^e Filiatrault et M^{me} Hamel. Entre-temps, M^e Filiatrault a vendu l'immeuble en trois parties pour un montant total de 550 000 \$. M^{me} Hamel a emménagé dans un centre d'accueil.

M. Giguère a maintenu sa contestation de la vente. Vers la fin de 1995, le juge Marx de la Cour supérieure du Québec prononçait l'annulation de la transaction. Selon la preuve, M^{me} Hamel a été frappée d'incapacité juridique dès la fin des années 70 et faisait aveuglément confiance à M^e Filiatrault. Elle signait tout ce qu'il lui demandait de signer, quand lui-même ne contrefaisait pas tout simplement sa signature. L'annulation par le juge Marx de l'acte de vente est survenue trop tard pour M^{me} Hamel, qui est décédée plus tôt la même année. La cour a ordonné à M^e Filiatrault de rembourser plus de un million de dollars à la succession Hamel (la « succession »).

- 10 Predictably, Mr. Filiatrault was bankrupt. He could not reimburse the succession. Mrs. Hamel's heirs therefore looked to the Chambre. Like other professions in Quebec, notaries are under a statutory obligation to establish an indemnity fund: *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, s. 89. The Chambre's fund was established by the *Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec*, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 8 (the "Regulation"). The succession claimed reimbursement from this fund, both in respect of Mrs. Hamel's house (a claim of \$900,000) and other misappropriations. Following its ordinary procedure, the Chambre's Comité du fonds d'indemnisation (the "Indemnity Committee") studied the claim. It recommended that certain amounts be repaid to the succession, but recommended refusal of the claim in respect of Mrs. Hamel's house on the ground that Mr. Filiatrault was not acting in the exercise of his profession when he swindled it from Mrs. Hamel and therefore his actions did not come within the terms of the regulation governing the indemnity fund. The Indemnity Committee's recommendations were later adopted by the Administrative Committee on behalf of the Chambre.
- 11 Mr. Giguère, acting for the succession, sought judicial review of the Administrative Committee's decision. Hurtubise J. of the Superior Court refused the application. He noted in particular that the privative clause in s. 4.03 of the Regulation shielded the Administrative Committee's decisions from judicial review. He concluded that the Administrative Committee's decision was reviewable on a standard of patent unreasonableness, that the decision was not patently unreasonable, and that it must therefore stand. The succession's appeal to the Quebec Court of Appeal was dismissed. That appeal, and the appeal to this Court, were brought by Serge Giguère, who succeeded to the position of curator upon the death of Jean-Paul Giguère.
- II. Standard of Review
- 12 The standard of review was not disputed before us. The parties agree that, given the privative clause
- Comme il fallait s'y attendre, M^e Filiatrault a fait faillite. Il n'a pu rembourser la succession. Les héritiers de M^{me} Hamel se sont donc tournés vers la Chambre. Les notaires, comme d'autres professionnels au Québec, sont tenus par la loi d'établir un fonds d'indemnisation : *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, art. 89. Le fonds de la Chambre a été établi en vertu du *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 8 (le « règlement »). La succession a demandé que lui soient remboursées, à même ce fonds, la valeur de la maison de M^{me} Hamel (une réclamation de 900 000 \$) ainsi que d'autres sommes détournées. Suivant sa procédure habituelle, le Comité du fonds d'indemnisation de la Chambre (le « Comité d'indemnisation ») a examiné la réclamation. Il a recommandé que certaines sommes soient remboursées à la succession, mais que soit rejetée la réclamation au titre de la maison de M^{me} Hamel au motif que M^e Filiatrault n'agissait pas dans l'exercice de sa profession lorsqu'il l'a acquise frauduleusement de M^{me} Hamel et que sa conduite n'était donc pas visée par le règlement régissant le fonds d'indemnisation. Les recommandations du Comité d'indemnisation ont par la suite été entérinées par le Comité administratif au nom de la Chambre.
- Agissant pour le compte de la succession, M. Giguère a sollicité la révision judiciaire de la décision du Comité administratif. Le juge Hurtubise de la Cour supérieure l'a débouté en soulignant que la clause privative contenue à l'art. 4.03 du règlement restreignait la révision judiciaire, et que la norme de contrôle applicable à la décision du Comité administratif était celle de la décision manifestement déraisonnable, que la décision n'était pas manifestement déraisonnable et qu'elle devait par conséquent être maintenue. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel interjeté par la succession. Cet appel, tout comme le présent pourvoi, a été déposé par M. Serge Giguère, qui a repris l'instance à titre de curateur au décès de Jean-Paul Giguère.
- II. Norme de contrôle
- Les parties n'ont pas contesté devant nous la norme de contrôle applicable. Elles ont accepté

in s. 4.03 of the Regulation, the standard of review is patent unreasonableness. The question at issue is whether the decision not to indemnify the succession was patently unreasonable.

III. Analysis

The Indemnity Committee's decision not to indemnify the succession was based on the Indemnity Committee's interpretation of s. 2.01 of the Regulation, which interpretation was adopted by the Administrative Committee. Section 2.01 reads:

The Bureau shall establish an indemnity fund to be used to reimburse the sums of money or other securities used by a notary for purposes other than those for which they had been delivered to him in the practice of his profession.

The two committees agreed that Mrs. Hamel's home was not delivered to Mr. Filiatrault in the practice of his profession. They characterized Mr. Filiatrault's defrauding of Mrs. Hamel as a personal rather than a professional act, and found that only professional acts may be indemnified out of the indemnity fund. With respect, I am of the view that this decision betrays a misunderstanding of the relationship between Mrs. Hamel and Mr. Filiatrault, the duties of notaries, and the nature of the indemnity fund, and that this Court cannot permit it to stand. The analysis of the relationship between Mrs. Hamel and Filiatrault is patently unreasonable and leads to a result which is also patently unreasonable. I would quash the decision and order the Chambre to indemnify the succession.

A. Notaries and the Indemnity Fund

The law governing notaries at the time the events of this appeal took place was the *Notarial Act*, R.S.Q., c. N-2. Section 2(1) of that Act described notaries as "legal practitioners and public officers whose chief duty is to draw up and execute deeds and contracts to which the parties are bound or desire to give the character of authenticity attached to acts of the public authority and to assure the date thereof". Section 15(b) provided that one of the "chief duties

qu'eu égard à la clause privative énoncée à l'art. 4.03 du règlement, la norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable. L'objet du pourvoi est de savoir s'il était manifestement déraisonnable de ne pas indemniser la succession.

III. Analyse

La décision du Comité d'indemnisation de ne pas indemniser la succession se fondait sur son interprétation de l'art. 2.01 du règlement, que le Comité administratif a retenue. L'article 2.01 prévoit :

Le Bureau établit un fonds d'indemnisation devant servir à rembourser les sommes d'argent ou autres valeurs utilisées par un notaire à d'autres fins que celles pour lesquelles elles lui avaient été remises dans l'exercice de sa profession.

Les deux comités étaient d'avis que la maison de M^{me} Hamel n'avait pas été remise à M^e Filiatrault dans l'exercice de sa profession. Ils ont caractérisé la fraude commise par M^e Filiatrault à l'endroit de M^{me} Hamel comme un acte personnel plutôt que professionnel et ont conclu que seuls les actes professionnels étaient susceptibles d'indemnisation à même le fonds. Avec respect, je suis d'avis que cette décision méconnaît la relation entre M^{me} Hamel et M^e Filiatrault, les devoirs incomants aux notaires et la nature du fonds d'indemnisation, et la Cour ne saurait en permettre le maintien. Il s'agit d'une analyse manifestement déraisonnable de la relation entre M^{me} Hamel et M^e Filiatrault. Elle a conduit à un résultat tout aussi déraisonnable. Je suis d'avis d'annuler la décision et d'ordonner à la Chambre d'indemniser la succession.

A. Les notaires et le fonds d'indemnisation

C'est la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., ch. N-2, qui s'appliquait aux notaires à l'époque où sont survenus les événements relatifs au présent pourvoi. Au paragraphe 2(1) de cette loi, les notaires sont définis comme étant « des praticiens du droit et des officiers publics dont la principale fonction est de rédiger et de recevoir les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité qui s'attache aux actes de

of every notary” shall be “to observe in the practice of his profession the rules of the most scrupulous honesty and impartiality”. The *Notarial Act* has now been largely repealed and replaced by the *Notaries Act*, R.S.Q., c. N-3. Yet the characterization of notaries as both legal advisers and public officers, and the notary’s duty of impartiality, are restated in the new legislation at ss. 10 and 11, respectively.

l’autorité publique et en assurer la date ». L’alinéa 15b) dispose que l’un des « principaux devoirs d’un notaire » est « d’observer, dans l’exercice de sa profession, les règles de la probité et de l’impartialité la plus scrupuleuse ». La *Loi sur le notariat* a depuis été abrogée et remplacée en grande partie par la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., ch. N-3. Cependant, les art. 10 et 11 de la nouvelle loi reprennent respectivement la qualité de conseiller juridique et d’officier public qu’ont les notaires ainsi que le devoir d’impartialité auquel ils sont soumis.

15 Complementing the *Notarial Act* was the *Code of ethics of notaries*, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 3 (the “Code”). The Code has since been repealed and replaced, but was in force at the time of the events at issue in this appeal. The Code affirmed the requirement of notarial impartiality at several points. Section 3.01.05 required a notary to give to clients or to parties to an act “disinterested, frank and honest” advice. Section 3.04.01 provided: “A notary must subordinate his personal interest to that of his client.” Section 3.03.04 provided that a notary may not cease to act for the account of a client unless he has “sound and reasonable grounds”, such as “the fact that the notary is in a situation of conflict of interest”. These provisions of the Code are restated and, in some cases, expanded upon, in the new *Code of ethics of notaries*, O.C. 921-2002, (2002) 134 O.G. II, 4561. For instance, s. 30 of the new Code provides that no notary may be in a situation of conflict of interest, and defines a situation of conflict of interest as “where the interests are such that [the notary] may be inclined to give preference to some of them, or his judgment or loyalty may be unfavourably affected”.

16 The requirement of impartiality governs the duty of notaries to advise their clients and the parties to acts they prepare. As Roy explains: [TRANSLATION] “[n]otaries maintain their impartiality by informing each party to the act of the scope of the rights and obligations that may result from it”: A. Roy, *Déontologie et procédure notariales* (2002), at p. 16. This duty to advise was found in Code s. 3.02.04, and is now declared in s. 11 of the *Notaries Act*, but it found its earliest expression in Quebec law in the

Le *Code de déontologie des notaires*, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 3 (le « Code »), complétait la *Loi sur le notariat*. Le Code a depuis été abrogé et remplacé, mais il était en vigueur à l’époque où ont eu lieu les événements en cause dans le présent pourvoi. Le Code affirmait à plusieurs endroits l’exigence d’impartialité à laquelle le notaire était tenu. L’article 3.01.05 prévoyait que le notaire devait agir comme conseiller « désintéressé, franc et honnête » de ses clients ou des parties à un acte. L’article 3.04.01 était ainsi libellé : « Le notaire doit subordonner son intérêt personnel à celui de son client. » Conformément à l’art. 3.03.04, le notaire ne peut cesser d’agir pour le compte d’un client sauf pour un « motif juste et raisonnable », comme « le fait que le notaire soit en situation de conflit d’intérêts ». Ces dispositions du Code sont reprises et parfois élargies par le nouveau *Code de déontologie des notaires*, D. 921-2002, (2002) 134 G.O. II, 5969. Par exemple, l’art. 30 du nouveau Code dispose que le notaire ne peut être en situation de conflits d’intérêts et qu’il y a conflits d’intérêts « lorsque les intérêts sont tels [que le notaire] peut être porté à préférer certains d’entre eux et que son jugement ou sa loyauté peuvent être défavorablement affectés ».

L’exigence d’impartialité sous-tend le devoir qu’ont les notaires de conseiller leurs clients et les parties aux actes qu’ils préparent. Comme l’explique le professeur Roy, « [l]e notaire est impartial lorsqu’il informe chacune des parties à l’acte de la portée des droits et des obligations susceptibles d’en résulter » : A. Roy, *Déontologie et procédure notariales* (2002), p. 16. Ce devoir de conseil, qui se trouvait à l’art. 3.02.04 du Code, est aujourd’hui consacré par l’art. 11 de la *Loi sur le notariat*, mais

judgment of this Court in *Ayotte v. Boucher* (1883), 9 S.C.R. 460. Mr. Ayotte fraudulently procured the signature by Dr. Boucher's children of a deed that made them responsible for their dead father's debts. The deed was drawn up by a notary who, having prepared it, refused to receive it because he believed that Dr. Boucher's children would not sign it if they knew its true effect. Mr. Ayotte therefore sent for another notary. This second notary passed and executed the deed without giving Dr. Boucher's children any explanation of its legal effect. This Court annulled the deed and held that it is the duty of a notary to advise his clients of the legal consequences of their acts. Both notaries, Fournier J. explained, at p. 476, acted unlawfully,

[TRANSLATION] but the more blameworthy of the two is without doubt the one who, knowing perfectly well that the Appellant intended to commit an act of fraud, said and did nothing to stop him. In executing this deed drawn up in advance, the other notary could claim that he was under the impression that the parties had thoroughly discussed everything before he arrived. This apparently well documented explanation would clear him of any involvement in the fraud committed by the Appellant, but he nevertheless breached his professional duties by failing to ascertain for himself the nature of the agreements he was to authenticate. If a notary's duties were understood and practised in this manner, the profession would be a dangerous institution rather than one that is judge-like and so useful for society in general.

Abuses of notarial power such as this are not, sadly, a thing of the past. For this reason, the Chambre (like all professional bodies in Quebec) is required by the *Professional Code* to establish an indemnity fund. The purpose of this fund, and indeed the purpose of the *Professional Code* more generally, is the protection of the public: *Comité administratif de l'Ordre des comptables agréés du Québec v. Schwarz*, [2001] R.J.Q. 920 (C.A.), at paras. 112 and 117-18, *per* Fish J.A. (dissenting); *Hinkova v. Ordre des pharmaciens du Québec*, [2000] Q.J. No. 1445 (QL) (C.A.). The need for such a fund arises in part from the limits of professional liability insurance. Such insurance may protect professionals and their clients from the consequences of professional mistake, inadvertence and negligence, but

sa première formulation en droit québécois remonte à l'arrêt *Ayotte c. Boucher* (1883), 9 R.C.S. 460. Usant de manœuvres frauduleuses, M. Ayotte a pu amener les enfants de feu le D^r Boucher à signer un acte qui les rendait responsables des dettes de leur père. L'acte a été rédigé par un notaire qui, après l'avoir préparé, a refusé de le recevoir parce qu'il estimait que les enfants du D^r Boucher refuseraient de le signer s'ils en connaissaient la portée réelle. M. Ayotte a donc fait appel à un autre notaire. Ce second notaire a reçu l'acte sans expliquer aux enfants du D^r Boucher les conséquences juridiques qui en découlaient. La Cour a annulé l'acte et statué qu'il incombaît au notaire de conseiller ses clients à propos des conséquences juridiques découlant de leurs actes. Les deux notaires ont agi contre la loi, explique le juge Fournier (p. 476) :

... mais le plus coupable est sans doute celui qui, connaissant parfaitement les intentions de l'Appelant de commettre un acte de dol, n'a rien dit ni rien fait pour l'empêcher. L'autre, en exécutant cet acte préparé d'avance, peut prétendre qu'il était sous l'impression que les parties s'étaient complètement expliquées avant son arrivée. Cette explication qui paraît assez bien prouvée peut servir à l'excuser de participation à la fraude commise par l'Appelant; mais il n'en a pas moins manqué à son devoir professionnel en ne s'assurant pas par lui-même de la nature des conventions auxquelles il devait donner la sanction de l'authenticité. Les devoirs du notaire ainsi compris et pratiqués en feraient une institution dangereuse au lieu de cette sorte de magistrature si utile à la société en général.

De telles situations d'abus de pouvoir par des notaires ne sont malheureusement pas chose du passé. C'est pourquoi en vertu du *Code des professions*, la Chambre (comme tout ordre professionnel au Québec) est tenue d'établir un fonds d'indemnisation. L'établissement de ce fonds, et d'ailleurs le *Code des professions* dans son ensemble, vise à assurer la protection du public : *Comité administratif de l'Ordre des comptables agréés du Québec c. Schwarz*, [2001] R.J.Q. 920 (C.A.), par. 112 et 117-118, le juge Fish (dissident); *Hinkova c. Ordre des pharmaciens du Québec*, [2000] J.Q. n° 1445 (QL) (C.A.). La nécessité d'établir ce fonds s'explique notamment par les limites de l'assurance-responsabilité professionnelle. Grâce à une telle assurance, les professionnels et leurs clients peuvent

generally does not cover intentional acts of misconduct. In this sense, statutory indemnity funds pick up where private insurance leaves off. This is not to say that malice or fraud are necessary preconditions of reimbursement from the indemnity fund. However, where such factors are present, professional liability insurance will generally be of no assistance. The only recourses left to victims in such cases will be lawsuits against the notary himself (who may be bankrupt or missing) and claims against the indemnity fund.

- 18 As I have noted, the notarial indemnity fund was established by the Regulation, s. 2.01 of which reads:

The Bureau shall establish an indemnity fund to be used to reimburse the sums of money or other securities used by a notary for purposes other than those for which they had been delivered to him in the practice of his profession.

This provision is notably similar to s. 4.02.01(b) of the Code, which described as “derogatory to the dignity of the profession” an act of “misappropriating or using for purposes other than those authorized by the client the monies or securities entrusted to the notary in the practice of his profession”. In my view, these two provisions must be read together. Section 4.02.01(b) of the Code establishes the ethical norm. Section 2.01 of the Regulation establishes the fund out of which violations of the ethical norm are remedied. The two provisions operate in tandem. See *Schwarz, supra*, at para. 92.

B. *The Administrative Committee's Decision*

- 19 I have noted that the Administrative Committee adopted the decision of the Indemnity Committee not to indemnify the succession in respect of Mrs. Hamel's home. This decision was pronounced in two stages.
- 20 First, on May 3, 1996, the Administrative Committee made the following declaration:

être à l'abri des conséquences découlant de l'erreur, de l'inadveriance et de la négligence professionnelles, mais non en général des actes intentionnels d'inconduite. En ce sens, le fonds d'indemnisation prévu par la loi paie ce que l'assurance privée ne couvre pas. Cela ne revient pas à faire de la malveillance ou de la fraude une condition préalable au remboursement à même le fonds d'indemnisation. Cependant, en présence de tels facteurs, l'assurance-responsabilité professionnelle ne sera généralement d'aucun secours. Les victimes n'auront alors d'autre recours que d'intenter des poursuites contre le notaire lui-même (qui peut avoir déclaré faillite ou qu'on ne peut retracer) et de réclamer le versement d'une indemnité à même le fonds d'indemnisation.

Comme je l'ai souligné, l'établissement du fonds d'indemnisation des notaires se fonde sur l'art. 2.01 du règlement, ainsi libellé :

Le Bureau établit un fonds d'indemnisation devant servir à rembourser les sommes d'argent ou autres valeurs utilisées par un notaire à d'autres fins que celles pour lesquelles elles lui avaient été remises dans l'exercice de sa profession.

Cette disposition rejoint l'al. 4.02.01b) du Code, qui stipule que « sont dérogatoires à la dignité de la profession » les actes comportant « le détournement ou l'emploi pour des fins autres que celles indiquées par le client de deniers ou valeurs confiés au notaire dans l'exercice de sa profession ». À mon sens, ces deux dispositions doivent être interprétées ensemble. L'alinéa 4.02.01b) du Code pose la règle déontologique. L'article 2.01 du règlement prévoit l'établissement d'un fonds permettant d'accorder réparation en cas de manquement à la règle déontologique. Les deux dispositions s'appliquent ensemble. Voir *Schwarz*, précité, par. 92.

B. *La décision du Comité administratif*

Comme je le signale, le Comité administratif a entériné la décision du Comité d'indemnisation de ne pas indemniser la succession au titre de la maison de M^{me} Hamel. Cette décision a été rendue en deux étapes.

Tout d'abord, le 3 mai 1996, le Comité administratif a déclaré :

[TRANSLATION] THAT the Administrative Committee note the recommendation that there be partial refusal of this claim for \$900,000.00 representing the value of the property sold by Marie-Rose Hamel to Nolan Filiatrault, which sale was annulled pursuant to a judgment rendered by the Honourable Herbert Marx J.S.C. on December 4, 1995, since Nolan Filiatrault, whatever the nature of any actions he may have taken, in relation to the property concerned, was not acting in the practice of his profession within the meaning of the Regulation respecting the indemnity fund.

Following this pronouncement, Mr. Giguère applied for judicial review of the Administrative Committee's decision.

Next, on December 13, 1996, the Administrative Committee made a second declaration, which read in part as follows:

[TRANSLATION] WHEREAS Nolan Filiatrault was not acting "in the practice of his profession" within the meaning of the *Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec*;

WHEREAS the property was not, in any way, "delivered" to Nolan Filiatrault "in the practice of his profession" within the meaning of the *Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec*;

WHEREAS the property was not "used" by Nolan Filiatrault "for purposes other than those for which [it] had been delivered to him" within the meaning of the *Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec*;

WHEREAS the Indemnity Fund Committee, in its recommendation, and the Administrative Committee took into account that witnesses could have been called to testify to what is alleged in Jean-Paul Giguère's application for mandamus, evocation and judicial review of November 1, 1996 and, in particular, the allegations made at paragraphs 10, 28, 31 and 42(1) through (5) of that application;

Upon motion duly made and seconded, IT IS HEREBY UNANIMOUSLY RESOLVED:

THAT the Administrative Committee ratify the recommendation of the Indemnity Fund Committee and consequently refuse the claim for the sum of \$900,000 representing the value of the property sold by Marie-Rose Hamel to Nolan Filiatrault, that sale having been annulled

QUE le Comité administratif prenne acte de la recommandation à l'effet que soit refusée partiellement cette réclamation pour la somme de 900 000,00 \$ représentant la valeur de l'immeuble ayant fait l'objet de la vente par Marie-Rose Hamel à Nolan Filiatrault et annulée aux termes du jugement rendu par l'Honorable Herbert Marx, J.C.S., le 4 décembre 1995, étant donné que Nolan Filiatrault, quelle que soit la nature des gestes qu'il ait pu poser, relativement à l'immeuble concerné, n'agissait pas dans l'exercice de sa profession au sens des termes du Règlement sur le fonds d'indemnisation;

M. Giguère a sollicité la révision judiciaire de la décision du Comité administratif.

Par la suite, le 13 décembre 1996, le Comité administratif émet une deuxième déclaration rédigée notamment en ces termes :

CONSIDÉRANT QUE monsieur Nolan Filiatrault n'était pas dans « l'exercice de sa profession » au sens où ces mots sont utilisés dans le *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec*;

CONSIDÉRANT QUE cet immeuble n'a, de toute façon, pas été « remis » à monsieur Nolan Filiatrault « dans l'exercice de sa profession » au sens où ces mots sont employés dans le *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec*;

CONSIDÉRANT QUE monsieur Nolan Filiatrault n'a pas « utilisé à d'autres fins » cet immeuble au sens où ces mots sont employés dans le *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec*;

CONSIDÉRANT QU'il a été pris en considération par le Comité du fonds d'indemnisation dans sa recommandation et par le Comité administratif que des témoins auraient pu venir témoigner de ce qui est allégué dans la requête en mandamus, en évocation et en révision judiciaire de monsieur Jean-Paul Giguère du 1^{er} novembre 1996 et, en particulier, de ce qui est allégué aux paragraphes 10, 28, 31 et 42(1) à (5) de cette requête;

Sur proposition dûment appuyée, IL EST RÉSOLU À L'UNANIMITÉ :

QUE le Comité administratif entérine la recommandation du Comité du fonds d'indemnisation et en conséquence que soit refusée cette réclamation pour la somme de 900 000 \$ représentant la valeur de l'immeuble ayant fait l'objet de la vente par madame Marie-Rose Hamel

pursuant to a judgment rendered by the Honourable Herbert Marx J.S.C. on December 4, 1995.

- 22 The reference to Mr. Giguère's judicial review application is illuminating. The passages referred to by the Administrative Committee indicate that Mr. Giguère was prepared to prove to the Indemnity Committee, by way of witness testimony, several matters concerning Mrs. Hamel's mental competence and Mr. Filiatrault's professional conduct. In particular, Mr. Giguère was prepared to prove: that Mrs. Hamel, in signing the deed of sale, relied on her notary in his role as an impartial legal counsel; that a syndic of the Chambre des notaires had in his possession an authorization from Mrs. Hamel, dating from 1983, which he had failed to disclose and which had convinced him that the Hamel-Filiatrault transaction was outside of the scope of Mr. Filiatrault's notarial practice; that Mrs. Hamel had been notoriously mentally incompetent since at least 1975; and that Mrs. Hamel had absolute confidence in her notary. The Administrative Committee's decision makes clear that it considered the availability of this evidence in arriving at its conclusion. Yet it nevertheless refused the succession's claim.

- 23 The Administrative Committee's decision to refuse the succession's claim turned on its view that Mr. Filiatrault was not in the exercise of his profession when he advised and acted for Mrs. Hamel on the sale of her home. In the words of the Indemnity Committee (which were substantially repeated by the Administrative Committee in its decision of May 3, 1996), [TRANSLATION] "whatever the nature of any actions he may have taken in relation to that property, Nolan Filiatrault was acting in his personal capacity and not in the practice of his profession": minutes of the review meeting of the Indemnity Committee held at the head office of the Chambre des notaires du Québec, April 3-4, 1996; see also minutes of the 57th meeting of the Administrative Committee, May 3, 1996. The supposedly personal nature of Mr. Filiatrault's act demands scrutiny.

à monsieur Nolan Filiatrault laquelle vente a été annulée aux termes d'un jugement rendu par l'Honorable Herbert Marx J.C.S. le 4 décembre 1995.

La référence à la demande de révision judiciaire déposée par M. Giguère est révélatrice. Les extraits auxquels renvoie le Comité administratif indiquent que M. Giguère était disposé à prouver devant le Comité d'indemnisation, par déposition des témoins, plusieurs aspects liés aux aptitudes mentales de M^{me} Hamel et à la conduite professionnelle de M^e Filiatrault. M. Giguère était tout particulièrement prêt à démontrer : que M^{me} Hamel a signé l'acte de vente en s'en remettant à son notaire en sa qualité de conseiller juridique impartial; qu'un syndic de la Chambre des notaires avait en sa possession une autorisation de M^{me} Hamel datant de 1983 qu'il avait omis de divulguer et qui l'avait convaincu que la transaction Hamel-Filiatrault ne relevait pas de la pratique notariale de M^e Filiatrault; qu'il est notoire que M^{me} Hamel souffrait d'incapacité mentale depuis au moins 1975; que M^{me} Hamel avait une confiance absolue en son notaire. Il ressort de la décision du Comité administratif que celui-ci a tenu compte de la disponibilité de cette preuve en arrivant à sa conclusion. Il a néanmoins rejeté la réclamation de la succession.

Le refus du Comité administratif de faire droit à la réclamation de la succession reposait sur sa perception que M^e Filiatrault n'agissait pas dans l'exercice de sa profession lorsqu'il a conseillé M^{me} Hamel et agi pour son compte relativement à la vente de sa maison. Selon les propos du Comité d'indemnisation (qu'a essentiellement repris le Comité administratif dans sa décision du 3 mai 1996), « quelle que soit la nature des gestes qu'il ait pu poser relativement à cet immeuble, Nolan Filiatrault les a posés en sa qualité personnelle et non pas dans le cadre de l'exercice de sa profession » : procès-verbal de la réunion d'étude du Comité du fonds d'indemnisation tenue au siège social de la Chambre des notaires du Québec, 3-4 avril 1996; voir également le procès-verbal de la 57^e réunion du Comité administratif, 3 mai 1996. La nature censément personnelle de l'acte posé par M^e Filiatrault appelle un examen approfondi.

One must first consider the nature of Mr. Filiatrault's relationship with Mrs. Hamel. For all his false pretences of friendship, Mr. Filiatrault was above all her legal adviser, as that term was used in s. 4(3) of the *Notarial Act* and is now used in s. 10 of the *Notaries Act*. She herself clearly viewed him as her legal adviser. She had long taken Mr. Filiatrault's advice on legal matters, just as she had taken his father's advice many years before. She pointedly described him as [TRANSLATION] "a lawyer". Most importantly, she accepted his legal advice when she signed the deed of sale by which she unwittingly transferred her home to him. I note that the deed of sale bore Mr. Filiatrault's official signature in the form required by s. 4(1) of the *Notarial Act*: the words "*M^e Nolan Filiatrault, notaire*" appeared beneath the signature line. I note also that the Administrative Committee itself acknowledged, in its decision of December 13, 1996, that Mr. Giguère was prepared to prove the professional nature of the Hamel-Filiatrault relationship.

The professional, rather than personal, nature of the relationship is not only true as a matter of fact but required as a matter of law. I have already noted the statutory and ethical responsibilities of notaries to advise their clients impartially. Mr. Filiatrault's professional duty impartially to advise Mrs. Hamel was engaged by this transaction. In *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45, I had occasion to comment on the other branch of the Quebec legal profession, namely advocates. I said (at para. 17): "As persons in whom public trust is invested, advocates play a very special role in the community when they perform . . . acts reserved to them". The same is true of the role of notaries in the performance of acts reserved to them. It should go without saying that this role is a professional not a personal one. Personal transactions between legal professionals and their clients are not to be encouraged. If they occur, these transactions must be conducted with great caution by lawyers and notaries in order to avoid conflicts between their obligations arising from the position of trust they hold with their clients and their personal interests. The principles

24

Il convient tout d'abord de se pencher sur la nature de la relation de M^e Filiatrault avec M^{me} Hamel. Même s'il feignait d'entretenir des liens d'amitié avec elle, il était avant tout son conseiller juridique au sens du par. 4(3) de la *Loi sur le notariat* (N-2) et, aujourd'hui, de l'art. 10 de la *Loi sur le notariat* (N-3). Elle-même le considérait clairement comme son conseiller juridique. Elle a longtemps suivi les conseils juridiques de M^e Filiatrault, tout comme elle avait suivi ceux du père de celui-ci bien des années auparavant. Elle l'a expressément qualifié d'"homme de loi". Fait encore plus important, elle a accepté son conseil juridique lorsqu'elle a signé l'acte de vente par lequel elle lui cédait, sans le savoir, sa maison. Je remarque que l'acte de vente porte la signature officielle de M^e Filiatrault en la forme requise par le par. 4(1) de la *Loi sur le notariat*: la mention « M^e Nolan Filiatrault, notaire » apparaît sous la ligne réservée à la signature. Je constate également que, dans sa décision du 13 décembre 1996, le Comité administratif a lui-même reconnu que M. Giguère était disposé à établir la nature professionnelle de la relation Hamel-Filiatrault.

25

La nature professionnelle plutôt que personnelle de la relation ressort non seulement des faits, mais de la loi elle-même. J'ai déjà fait état des responsabilités légales et déontologiques qui incombent aux notaires de conseiller leurs clients de manière impartiale. Par cette transaction, l'obligation professionnelle de M^e Filiatrault de conseiller M^{me} Hamel avec impartialité a été engagée. Dans *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45, j'ai eu l'occasion de formuler des commentaires sur l'autre branche de la profession juridique au Québec, soit les avocats (par. 17): « En tant que dépositaire de la confiance du public, l'avocat joue un rôle très particulier au sein de la collectivité lorsqu'il exerce [les] actes réservés ». Il en va de même des notaires qui exercent des actes réservés. Le fait qu'il s'agisse d'un rôle professionnel et non personnel devrait aller de soi. Les transactions personnelles entre les membres de la profession juridique et leurs clients ne peuvent être encouragées. Si elles se produisent, les avocats ou les notaires doivent les traiter avec une extrême prudence afin d'éviter des conflits entre les obligations qui naissent de la relation de

established by the Canadian Bar Association are instructive:

(a) The lawyer should not enter into a business transaction with the client or knowingly give to or acquire from the client an ownership, security or other pecuniary interest unless:

- (i) the transaction is a fair and reasonable one and its terms are fully disclosed to the client in writing in a manner that is reasonably understood by the client;
- (ii) the client is given a reasonable opportunity to seek independent legal advice about the transaction, the onus being on the lawyer to prove that the client's interests were protected by such independent advice; and
- (iii) the client consents in writing to the transaction.

(b) The lawyer shall not enter into or continue a business transaction with the client if:

- (i) the client expects or might reasonably be assumed to expect that the lawyer is protecting the client's interests;
- (ii) there is a significant risk that the interests of the lawyer and the client may differ.

(Canadian Bar Association, *Code of Professional Conduct*, c. VI)

While the CBA's *Code of Professional Conduct* is not directly applicable to all notaries in Quebec, the principles enunciated here should nevertheless be borne in mind whenever a notary contemplates a business transaction with his client.

26 The fact that the transaction in question took the form of private writing must not obscure the issue. It has sometimes been suggested that a notary who proceeds by private writing, rather than by an authentic act, no longer acts in a professional capacity and is therefore not under the usual duty to give advice. Thus a note in the September 1911 volume of *La Revue du Notariat* explained:

[TRANSLATION] The case law is consistent in confirming that even if a notary, in the capacity of an adviser,

confiance avec leurs clients et leurs intérêts personnels. Les principes établis par l'Association du Barreau canadien nous éclairent à cet égard :

(a) L'avocat ne doit conclure aucune transaction d'affaires avec son client ou sciemment acquérir un droit de propriété, des valeurs ou tout autre intérêt pécuniaire d'un client, à moins que :

- (i) la transaction ne soit honnête et raisonnable et que les termes de cette transaction ne soient complètement exposés au client par écrit, d'une manière que le client puisse raisonnablement comprendre;
- (ii) le client n'ait eu une occasion raisonnable de demander un conseil juridique indépendant sur la transaction, l'avocat ayant le fardeau de prouver que les intérêts du client furent protégés par un tel avis indépendant; et que
- (iii) le client ne consente par écrit à la transaction.

(b) L'avocat ne doit pas conclure ni poursuivre une transaction d'affaires avec un client, si :

- (i) le client s'attend à ce que l'avocat protège ses intérêts ou peut raisonnablement le présumer;
- (ii) il y a un risque important que les intérêts de l'avocat et ceux du client puissent diverger.

(Association du Barreau canadien, *Code de déontologie professionnelle*, ch. VI)

Bien que le *Code de déontologie professionnelle* de l'ABC ne s'applique pas directement à l'ensemble des notaires du Québec, il n'en reste pas moins que le notaire qui envisage de conclure une transaction d'affaires avec son client devrait garder à l'esprit les principes qui y sont énoncés.

Le fait que la transaction en question est effectuée sous forme d'acte sous seing privé ne doit pas faire perdre de vue la question en litige. On dit parfois que le notaire qui procède par acte sous seing privé, plutôt que par acte authentique, n'agit plus en sa qualité professionnelle et n'est donc pas assujetti à l'obligation de conseil qui lui incombe habituellement. Ainsi peut-on lire dans une note tirée de *La Revue du Notariat* de septembre 1911 :

D'après la jurisprudence constante, l'acte sous seing privé conserve strictement son caractère, alors même

takes part in the drafting of a private writing, this in no way changes the essential character of the writing. The notary is no longer acting in his or her professional capacity, but rather as a mere adviser or agent of the parties; consequently, the act does not take on the character, status or effects of an authentic act. The fee for a notarial deed is not charged for drawing up the writing, and the notary assumes no responsibility for the form or substance of the writing. From a legal standpoint, the effects of the document are and remain those of a private writing.

(Anonymous, "Rôle du notaire dans l'acte sous seing privé" (1911), 14 *R. du N.* 56) I agree, of course, that the mere fact that a notary has drawn up the private writing does not render it an authentic act for the purposes of the *Civil Code*. But I cannot agree with the assertion that a notary may evade all professional responsibility simply by electing one form of writing over another. Indeed, the duty of an independent legal advisor remains the same in these circumstances regardless of the form of the writing. This conclusion follows from the principle animating this Court's decision in *Ayotte v. Boucher, supra*. It is also consistent with the doctrine, as Professor Marquis has demonstrated: P.-Y. Marquis, *La responsabilité civile du notaire* (1999), at pp. 168-69. I consider his conclusion on this point irrefutable:

[TRANSLATION] We do not believe that, in principle, the notary's duty to act as legal adviser should be associated exclusively with the particular form an act takes. . . . This informational obligation is an integral part of the profession. In all likelihood it cannot necessarily be set aside so easily.

We are also of the opinion that even if a notary, of his or her own accord or at a client's request, prefers to use a private writing instead of an authentic act, the notary is not thereby inevitably and automatically relieved of the duty to advise . . . We must instead take into account the specific circumstances of each case, the importance of the notary's contribution to the drafting of the act and the degree of trust that the client demonstrably placed in the notary.

In short, the fact that this transaction occurred by private writing does not in any sense render it a personal act rather than an act done by Mr. Filiatrault in the exercise of his profession. In this transaction as in all others, Mr. Filiatrault had a professional

qu'il est établi que le notaire a pu, à titre de conseil, participer à sa rédaction. Il n'agit plus là comme notaire, mais comme simple conseil ou mandataire des parties, et l'acte n'en acquiert pas pour cela ni le caractère, ni la valeur, ni les effets d'un acte authentique. De même que l'honorifique de l'acte notarié n'est pas dû pour sa rédaction, de même aucune responsabilité n'est encourue par le notaire tant pour la forme que pour le fond de l'acte. Et les effets au point de vue juridique en sont et restent ceux prévus par la loi pour les actes sous seing privé.

(Anonyme, « Rôle du notaire dans l'acte sous seing privé » (1911), 14 *R. du N.* 56) Certes, je conviens que le simple fait pour un notaire de rédiger un acte sous seing privé n'en fait pas pour autant un acte authentique au sens du *Code civil*. Mais je ne peux me rallier à la proposition qu'un notaire peut se soustraire à toute responsabilité professionnelle par le simple fait de choisir une forme d'acte plutôt qu'une autre. En effet, son devoir de conseil désintéressé demeure entier dans ces circonstances, sans égard à la forme de l'acte intervenu. Cette conclusion découle du principe qui sous-tend l'arrêt *Ayotte c. Boucher*, précité. Elle est également conforme à la doctrine, comme le démontre le professeur Marquis : P.-Y. Marquis, *La responsabilité civile du notaire* (1999), p. 168-169. J'estime irréfutable sa conclusion sur ce point :

Nous ne croyons pas qu'en principe le devoir notarial de conseil doive être rattaché exclusivement à une forme externe de l'acte plutôt qu'à une autre [. . .] Cette obligation d'information est partie intégrante de la profession. On ne saurait vraisemblablement l'écartez nécessairement d'une façon aussi aisée.

Nous pensons aussi que même si le notaire, de son propre choix ou à la demande d'un client, préfère utiliser l'acte sous seing privé au lieu de l'acte authentique, il n'est pas inévitablement et automatiquement pour autant déchargé de son obligation de conseil. [. . .] Tout devra s'analyser en fonction des particularités de chaque espèce, de l'importance de la contribution du notaire à la rédaction de l'acte et du degré de confiance que le client aura réellement manifesté envers le praticien.

Bref, le fait que cette transaction ait pris la forme d'un acte sous seing privé ne lui confère aucunement la qualité d'acte personnel, plutôt que celle d'acte posé par M^e Filiatrault dans l'exercice de sa profession. À l'égard de cette transaction et de

duty impartially to advise his client. To think otherwise is not only mistaken. It is a serious misunderstanding of notaries' duties as described in the *Notarial Act*, the doctrine, and the jurisprudence.

27 Any characterization of the Hamel-Filiatrault transaction as personal rather than professional must also be considered in the light of the purposes of the indemnity fund. As I have explained, one of those purposes is to protect clients from misdeeds by notaries that, due to their intentional nature, will not be covered by professional liability insurance. The case at bar is a perfect example: the Indemnity Committee acknowledged the unrefuted evidence of Mr. Filiatrault's numerous false representations to Mrs. Hamel. Yet by characterizing the transaction as personal, the two Committeees took Mr. Filiatrault's fraud outside the scope of the fund, thus revoking the very protection the fund is intended to give. This decision opens a gap between notaries' ethical obligations, as set out in s. 4.02.01(b) of the Code, and the remedy for breach of those obligations, which is supposed to be provided, in the last resort, by the indemnity fund. Not only is Mrs. Hamel left unprotected, but the purpose of the fund itself is frustrated.

28 To conclude, the transaction by which Mrs. Hamel unwittingly sold her home to her notary for the derisory sum of \$1 cannot in any sense be reasonably characterized as personal rather than professional. In accepting the Indemnity Committee's conclusion that Mr. Filiatrault's acts were personal rather than professional, and were therefore beyond the scope of the indemnity fund, the Administrative Committee made a fundamental error. One might object that it is a legal error and is shielded by the privative clause in Regulation s. 4.03. But it is so gross an error, predicated on such a basic misunderstanding of the professional responsibilities of notaries in Quebec law, the relationship between

toutes les autres, M^e Filiatrault avait l'obligation professionnelle de conseiller sa cliente en toute impartialité. Penser autrement revient non seulement à faire fausse route, mais traduit du même coup une grave méconnaissance des devoirs propres aux notaires tels qu'ils sont énoncés dans la *Loi sur le notariat*, la doctrine et la jurisprudence.

Toute caractérisation de la transaction Hamel-Filiatrault comme étant de nature personnelle plutôt que professionnelle doit également tenir compte de la finalité du fonds d'indemnisation. Comme je l'ai expliqué, ce fonds vise notamment à protéger les clients de notaires ayant commis des méfaits qui ne sont pas couverts par l'assurance-responsabilité professionnelle en raison de leur caractère intentionnel. Le présent pourvoi en est un parfait exemple : le Comité d'indemnisation a admis la preuve irréfutée des nombreuses fausses représentations que M^e Filiatrault a faites à M^{me} Hamel. Toutefois, en qualifiant la transaction de personnelle, les deux comités ont située la fraude de M^e Filiatrault hors du champ d'application du fonds, niant ainsi la protection même que le fonds vise à conférer. Cette décision crée une rupture entre les obligations déontologiques des notaires, prévues à l'al. 4.02.01b) du Code, et la réparation pour violation de ces obligations que le fonds d'indemnisation est censé fournir en dernier ressort. Non seulement M^{me} Hamel est-elle laissée sans protection aucune, mais on se trouve également à faire échec à l'objet même du fonds.

En conclusion, on ne peut en aucune manière raisonnablement qualifier de personnelle plutôt que de professionnelle la transaction par laquelle M^{me} Hamel a, sans le savoir, vendu sa maison à son notaire pour la somme dérisoire de un dollar. Le Comité administratif a commis une erreur fondamentale en acceptant la conclusion du Comité d'indemnisation selon laquelle les actes posés par M^e Filiatrault étaient de nature personnelle plutôt que professionnelle et qu'ils se situaient, de ce fait, hors du champ d'application du fonds d'indemnisation. On pourrait faire valoir en contrepartie qu'il s'agit d'une erreur de droit bénéficiant de la protection de la clause privative contenue à

Mrs. Hamel and Mr. Filiatrault, and the purposes of the indemnity fund that this Court cannot permit it to stand. It is a patently unreasonable result.

C. Remedy

Given the patent unreasonableness of the Administrative Committee's decision, I would quash it. The only reason the Chambre gave for not indemnifying the succession was its patently unreasonable conclusion that Mr. Filiatrault was acting in a personal capacity when he defrauded Mrs. Hamel. If that was the only bar to indemnifying the succession, then it is clear the succession must now be indemnified.

In oral argument before this Court, counsel for the Chambre raised a new argument. Instead of seeking to defend the Administrative Committee's decision solely on its own terms, he raised a further argument to the effect that no indemnity was payable to the succession because Mrs. Hamel's house does not come within the terms of the Regulation. It is not, in the words of the Regulation, a sum of money or other security. Thus, even if the Chambre had not made its patently unreasonable decision, it would still not have been able to indemnify the succession.

There is no reason to believe that this limited understanding of "other security" advanced now by the respondent actually informed the Administrative Committee's decision (or, for that matter, the Indemnity Committee's decision). To the contrary, there is every reason to presume that the decision was taken entirely on the basis of the unreasonable characterization of Mr. Filiatrault's acts as personal rather than professional, for that is the only reason which the two Committees themselves gave.

In any case, this submission disregards the judgment of December 4, 1995 annulling the contract of

l'art. 4.03 du règlement. Mais la Cour ne saurait laisser persister une erreur à ce point grossière, fondée sur une méconnaissance aussi fondamentale des responsabilités professionnelles des notaires en droit québécois, de la relation entre M^{me} Hamel et M^e Filiatrault, ainsi que du but de l'établissement du fonds d'indemnisation. Il s'agit d'un résultat manifestement déraisonnable.

C. Réparation

Je suis d'avis d'annuler la décision du Comité administratif en raison de son caractère manifestement déraisonnable. Pour justifier son refus d'indemniser la succession, la Chambre n'a invoqué que sa conclusion manifestement déraisonnable selon laquelle M^e Filiatrault agissait en sa qualité personnelle lorsqu'il a spolié M^{me} Hamel. Si le seul obstacle à l'indemnisation de la succession se résumait à cela, il est manifeste que la succession doit aujourd'hui être indemnisée.

À l'audition devant la Cour, l'avocat de la Chambre a invoqué un nouveau moyen. Au lieu de chercher à défendre la décision du Comité administratif telle qu'elle a été rendue, il a fait valoir qu'aucune indemnité n'est payable à la succession parce que la maison de M^{me} Hamel n'est pas visée par le règlement. Il ne s'agirait pas, au sens du règlement, d'une somme d'argent ou autre valeur. Par conséquent, même si elle n'avait pas rendu sa décision manifestement déraisonnable, la Chambre n'aurait quand même pas pu indemniser la succession.

Rien ne permet de penser que la décision du Comité administratif (ou d'ailleurs celle du Comité d'indemnisation) repose sur cette interprétation restrictive de l'expression « autres valeurs » que préconise maintenant l'intimée. Au contraire, il y a tout lieu de supposer que la décision a été prise sur le seul fondement de la caractérisation déraisonnable des actes posés par M^e Filiatrault, à savoir qu'ils sont personnels plutôt que professionnels, puisqu'il s'agit là de l'unique raison que les deux comités ont eux-mêmes avancée.

Quoi qu'il en soit, cet argument fait abstraction du jugement rendu le 4 décembre 1995 prononçant

29

30

31

32

sale between Mr. Filiatrault and Mrs. Hamel. The relevant portions of this order are as follows.

[TRANSLATION] FOR THESE REASONS, THE COURT

ANNULS the deed of sale . . . insofar as the parties to this case are concerned . . . such that the Plaintiff [Mr. Giguère] ès qualités be substituted for the Defendant as creditor of the proceeds from later sales made in respect of the same property, without prejudice to the rights of third parties, including the purchasers;

ORDERS the Defendant to pay the Plaintiff ès qualités the sum of \$900,000, plus interest and additional indemnities provided for under the Civil Code;

l'annulation du contrat de vente intervenu entre M^e Filiatrault et M^{me} Hamel. Je reproduis les extraits pertinents du dispositif :

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL

ANNULE l'acte de vente [. . .] en autant que les parties à la présente cause sont concernées [. . .] de manière à ce que le présent demandeur [M. Giguère] ès qualités soit substitué au défendeur comme créancier de toute somme due en vertu des ventes postérieures faites du même immeuble sans préjudice aux droits des tiers dont les acquéreurs;

CONDAMNE la partie défenderesse à payer à la partie demanderesse, ès qualités la somme de 900,000 \$, le tout avec intérêt et indemnité prévus au Code civil;

33

The legal consequences of annulling a contract are set out in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Article 1422 C.C.Q. provides: "A contract that is null is deemed never to have existed." Thus, as between Mrs. Hamel and Mr. Filiatrault, the deed of sale of October 25, 1989 is void and must be treated as having never occurred. Seen in the light of arts. 1422 and 1701, it is clear that our concern is not with Mrs. Hamel's house but with its value and at least the proceeds Mr. Filiatrault earned from selling it to third party purchasers. There is no disputing that those proceeds are sums of money.

34

It has been argued that this Court, having quashed the Administrative Committee's decision, should send the matter back for reconsideration of the "other security" point. Under the circumstances, I cannot agree with this approach. There is no dispute as to quantum (other than the questions of interest at the legal rate and additional indemnity, which I address below). This is the first time since these proceedings began in 1995 that the Chambre, either in its Committees or in the courts below, has raised an argument on the meaning of "other security". Indeed, the argument and the request that the matter be sent back for reconsideration could not have been raised any later than it was, for it came to us for the first time in oral argument at the hearing. This Court does not favour issues being raised for the first time in an appeal to this Court: *R. v.*

Les conséquences juridiques de l'annulation d'un contrat sont énoncées dans le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »). L'article 1422 C.c.Q. prévoit : « Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé. » Par conséquent, entre M^{me} Hamel et M^e Filiatrault, l'acte de vente du 25 octobre 1989 est nul et doit être considéré comme n'étant jamais intervenu. D'après les art. 1422 et 1701, il est clair que nous devons nous intéresser, non pas à la maison de M^{me} Hamel, mais bien à sa valeur et à tout le moins au produit qu'a obtenu M^e Filiatrault de la vente à des tiers acheteurs. Nul ne conteste que ce produit constitue une somme d'argent.

On a fait valoir qu'ayant annulé la décision du Comité administratif, la Cour devrait renvoyer l'affaire pour réexamen de la question relative aux « autres valeurs ». Dans les circonstances de l'espèce, je ne peux me ranger à cet avis. Le quantum des dommages-intérêts ne pose aucune problème (sauf pour ce qui est de l'intérêt au taux légal et de l'indemnité additionnelle, dont je traiterai plus loin). C'est la première fois depuis que la réclamation a été présentée, en 1995, que la Chambre, soit devant ses comités ou en cour, soulève un argument fondé sur le sens de l'expression « autres valeurs ». En fait, cet argument non plus que la demande de renvoi n'aurait pu être soulevé plus tard puisque nous en avons été saisis pour la première fois en plaidoirie, lors de l'audition. La Cour ne croit pas que des questions litigieuses devraient être

Potvin, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 916. Such belatedly raised arguments deprive the Court of the benefit of consideration by the courts below, and may have other undesirable consequences. Here, to send the matter back to the Chambre on this point would serve to reward it for the tardiness with which it has raised this argument. And of course it would delay matters even further. The succession has been seeking indemnity for eight years. It should not be made to wait any longer. I adopt as my own the words of LeBel J. (dissenting in part) in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at para. 140:

Unnecessary delay in judicial and administrative proceedings has long been an enemy of a free and fair society. At some point, it is a foe that has plagued the life of almost all courts and administrative tribunals. It's a problem that must be brought under control if we are to maintain an effective system of justice, worthy of the confidence of Canadians. The tools for this task are not to be found only in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but also in the principles of a flexible and evolving administrative law system.

Given the circumstances of this appeal, I would exercise this Court's discretion not to send the matter back for reconsideration by the Chambre.

D. *Quantum*

It remains to determine the amount of the indemnity. Section 4.04 of the Regulation (as amended by O.C. 645-86, May 14, 1986) provides, “[t]he maximum indemnity payable from the fund is established at 300 000 \$ for the total claims against the same notary.” The succession has already received \$112,535.96 out of these funds. This leaves a difference of \$187,464.04. The parties do not dispute that the value of Mrs. Hamel's property and the proceeds from it exceed that figure. The succession is therefore entitled to the entire amount.

soulevées pour la première fois lors d'un pourvoi formé devant elle : *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, p. 916. Des arguments soulevés aussi tardivement privent la Cour du bénéfice de l'examen antérieur des tribunaux et peuvent entraîner d'autres conséquences peu souhaitables. En l'espèce, renvoyer l'affaire devant la Chambre sur cette question aurait pour effet de la récompenser pour la tardiveté de son argument. Et il va sans dire que cela va retarder davantage le règlement du litige. La succession tente depuis huit ans d'obtenir une indemnité. Elle ne devrait pas avoir à attendre plus longtemps. Je fais miens les propos qu'a tenus le juge LeBel (dissident en partie) dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 140 :

Ce n'est pas d'hier que les délais inutiles dans les procédures judiciaires et les procédures administratives sont qualifiés de contraires à une société libre et équitable. Il s'agit jusqu'à un certain point d'un fléau qui touche presque tous les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs. C'est un problème qu'il faut régler pour assurer le maintien d'un système de justice efficace et digne de la confiance des Canadiens et des Canadiennes. La solution à ce problème réside non seulement dans l'application de la *Charte*, mais également dans celle des principes d'un régime de droit administratif souple et en évolution constante.

Compte tenu des circonstances de l'espèce, je suis d'avis d'exercer le pouvoir discrétionnaire de la Cour et de refuser de renvoyer l'affaire à la Chambre pour réexamen.

D. *Quantum*

Il reste à établir le montant de l'indemnité. L'article 4.04 du règlement (modifié par le décret 645-86, 14 mai 1986) dispose que « [l']indemnité maximale payable à même le fonds est établie à la somme de 300 000 \$ pour le total des réclamations contre le même notaire ». La succession ayant reçu de ce fonds 112 535,96 \$, la différence s'élève à 187 464,04 \$. Les parties ne contestent pas que la valeur de l'immeuble de M^{me} Hamel et du produit de la vente de cet immeuble dépasse ce chiffre. La succession a donc droit au plein montant de la différence.

37

The succession is also claiming interest at the legal rate as provided for by art. 1617 C.C.Q. plus the additional indemnity as provided for by art. 1619 C.C.Q. The Chambre contends that the \$300,000 ceiling imposed by s. 4.04 of the Regulation excludes any award of interest or additional indemnity under the *Civil Code*. It submits that the indemnity funds are intended to reimburse misappropriated funds and not to pay interest on these funds. The Chambre cites no authority for either of these propositions.

38

The Chambre's distinction between reimbursement and the payment of interest is erroneous. Interest is itself a form of reimbursement. It reimburses the creditor for the period in which she did not have possession of the funds that were owed to her. As Rand J. explained in *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] S.C.R. 394, at p. 411, “[i]nterest is, in general terms, the return or consideration or compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to, in a colloquial sense, or owed to, another.”

39

The right to be reimbursed or compensated for the retention of one's money by another is of great importance. Without it, a person in possession of another person's funds would have an incentive not to restore the funds to their rightful owner in a timely fashion. Instead, it would be in his interest to delay repayment and invest the funds for his own purposes. When, for whatever reason, he could no longer tarry, he could return the capital to its owner and keep the accrued interest for himself. This is obviously an unjust and undesirable situation. The *Civil Code* attempts to prevent this outcome by means of art. 1617. Accepting the Chambre's argument would amount to permitting it to rely on s. 4.04 of the Regulation to engage in just the sort of unjust delay I have described. I do not say that this is what the Chambre has done; I do not doubt its good faith. My point is simply that to accept the Chambre's argument would

La succession réclame en outre le versement des intérêts au taux légal, conformément à l'art. 1617 C.c.Q., de même que l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1619 C.c.Q. La Chambre soutient que la limite de 300 000 \$ fixée par l'art. 4.04 du règlement exclut le versement des intérêts ou d'une indemnité additionnelle sous le régime du *Code civil*. Selon elle, le fonds d'indemnisation vise à rembourser les sommes détournées et non pas à verser des intérêts sur ces sommes. La Chambre ne cite aucune autorité à l'appui de l'une ou l'autre de ces propositions.

La Chambre fait erreur lorsqu'elle établit une distinction entre un remboursement et le versement des intérêts. L'intérêt constitue en soi une forme de remboursement. Le créancier se voit rembourser une certaine somme pour la période pendant laquelle il n'a pas été mis en possession des sommes qui lui étaient dues. Comme l'explique le juge Rand dans *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] R.C.S. 394, p. 411, [TRADUCTION] « [d]e manière générale, l'intérêt est la contrepartie ou le dédommagement de l'utilisation ou la détention par une personne d'une certaine somme d'argent qui appartient, au sens courant de ce mot, à une autre ou qui lui est due. »

Le droit d'une personne de se faire rembourser ou indemniser par suite de la détention par une autre d'une somme d'argent lui appartenant revêt une grande importance. En l'absence de ce droit, une personne en possession d'une somme d'argent appartenant à autrui serait incitée à ne pas la remettre à son propriétaire légitime en temps opportun. Au contraire, elle aurait tout intérêt à en reporter le remboursement et à l'investir à des fins personnelles. Lorsque, pour quelque motif que ce soit, il lui est impossible d'en retarder davantage le paiement, elle pourrait toujours remettre le capital à son propriétaire et conserver les intérêts courus. Manifestement, il s'agit là d'une situation injuste et non souhaitable. Le *Code civil* tente d'empêcher cette situation par l'entremise de l'art. 1617. Dans les faits, retenir l'argument de la Chambre équivaudrait à l'autoriser à invoquer l'art. 4.04 du règlement pour s'octroyer les délais injustes que je viens de

open the way to potential abuse. I refuse to do so.

As I read s. 4.04 of the Regulation, the \$300,000 limit is not a constraint on awards of interest at the legal rate under art. 1617 C.C.Q. Rather, it is a constraint on the award of indemnity that the Chambre itself may grant for the total claims against the same notary. That constraint applies not only to the Chambre but also to the remedy this Court is permitted to grant the succession. Although Mrs. Hamel's property was worth far more than \$300,000, we may not order the Chambre to grant an indemnity greater than that amount. Section 4.04 does not prevent us, however, from granting the succession an award of interest at the legal rate.

Nor does s. 4.04 of the Regulation oust this Court's power under art. 1619 C.C.Q. to award an additional indemnity. Articles 1617 and 1619 both seek to compensate creditors for not having access to their funds and to encourage debtors to restore such funds promptly. In short, the additional indemnity represents compensation for the damage due to delay: *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866, at p. 875; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 834. The need for an additional indemnity arises when the legal rate of interest fails adequately to compensate the creditor because it is lower than the going rates. As Baudouin and Deslauriers explain,

[TRANSLATION] [i]n times of inflation, a legal rate of 5% was unrealistic, as it fell well short of the commercial rate or the rate that could be obtained on the open market. It was therefore not in the interest of a would-be debtor to pay the debt owed to his or her victim. It would take several years before the debtor would finally be ordered to pay the full amount, plus 5% interest. In the meantime, that money could instead be invested at a much higher

décrire. Je ne dis pas que c'est ce que la Chambre a fait; je ne doute aucunement de sa bonne foi. Je dis simplement qu'il pourrait y avoir des abus si on faisait droit à l'argument de la Chambre. Je refuse de le faire.

Selon l'art. 4.04 du règlement, à mon sens, la limite de 300 000 \$ ne constitue pas une restriction à l'octroi de l'intérêt au taux légal en vertu de l'art. 1617 C.c.Q. Il s'agit plutôt d'une restriction à l'indemnité que la Chambre elle-même peut accorder pour le total des réclamations contre le même notaire. Cette restriction s'applique non seulement à la Chambre, mais également à la réparation que la Cour peut consentir à la succession. Bien que la valeur de l'immeuble de M^{me} Hamel ait dépassé de loin 300 000 \$, nous ne pouvons enjoindre à la Chambre d'accorder une indemnité plus élevée que cette somme. L'article 4.04 ne nous empêche pas cependant d'octroyer à la succession des intérêts calculés au taux légal.

L'article 4.04 du règlement ne fait pas non plus échec au pouvoir dont dispose la Cour, en vertu de l'art. 1619 C.c.Q., d'accorder une indemnité additionnelle. Les articles 1617 et 1619 visent tous deux à indemniser les créanciers privés des sommes qui leur sont dues et à inciter les débiteurs à leur remettre ces sommes promptement. L'indemnité additionnelle représente l'indemnisation d'un dommage dû au retard : *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*, [1982] 2 R.C.S. 866, p. 875; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 834. L'octroi d'une indemnité additionnelle est nécessaire lorsque le taux d'intérêt légal ne permet pas d'indemniser adéquatement le créancier du fait qu'il est moins élevé que les taux en vigueur. Comme l'expliquent les auteurs Baudouin et Deslauriers,

En période d'inflation, un taux légal de 5 % était irréaliste, parce qu'il s'écartait très substantiellement du taux commercial ou du « loyer » de l'argent qu'il était possible d'obtenir sur le marché libre. Un éventuel débiteur n'avait donc pas intérêt à acquitter sa dette à l'encontre de la victime. Il ne risquait qu'une condamnation, plusieurs années après, portant un taux d'intérêt de 5 %, alors que, pendant cette même période, il pouvait placer

rate, a rate that was often more than twice the legal rate of 5%.

(J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (6th ed. 2003), at p. 419)

To deny the availability of additional indemnity on the ground of s. 4.04's \$300,000 limit would give rise to the same potential abuses as I have already described in respect of the legal rate of interest.

42 I therefore conclude that the succession is entitled to the amount of \$187,464.04 out of the indemnity fund plus interest at the legal rate and additional indemnity, both payable from the date of default. That date is May 3, 1996, being the date on which the Administrative Committee rendered its patently unreasonable decision not to indemnify the succession. The succession will also have its costs throughout.

English version of the reasons delivered by

43 DESCHAMPS J. (dissenting) — There is no question that the notary, Mr. Filiault, behaved reprehensibly and shamefully abused his victim. However, our sympathy for the victim should not cause us to forget that the issue before the Court is limited to determining whether, according to a standard of review requiring great judicial deference, the lower courts erred in refusing to intervene and quash the decision of the Comité administratif de la Chambre des notaires (the "Committee").

44 With respect for the opinion of my colleagues, I am of the view that it would not be appropriate for the Court to intervene. In my view, s. 2.01 of the *Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec*, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 8 (the "Regulation"), lends itself to more than one reasonable interpretation, and the interpretation adopted by the tribunal of competent jurisdiction is not unreasonable.

45 Even if I agreed with the majority that it would be appropriate for the Court to intervene, I would refer the case back to the Committee in order for it to deal with aspects of the claim it has not yet ruled

cette même somme à des taux représentant souvent plus du double.

(J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (6^e éd. 2003), p. 419)

Priver une partie de l'indemnité additionnelle en invoquant la limite de 300 000 \$ établie par l'art. 4.04 du règlement pourrait donner lieu aux abus dont j'ai déjà fait état relativement au taux d'intérêt légal.

Je conclus donc que la succession a droit à un montant de 187 464,04 \$, payable à même le fonds d'indemnisation, auquel s'ajoutent les intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle, tous deux payables à compter de la date du manquement. J'établis cette date au 3 mai 1996, soit la date à laquelle le Comité administratif a rendu sa décision, manifestement déraisonnable, de ne pas indemniser la succession. La succession a également droit aux dépens devant toutes les cours.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Il est acquis que la conduite du notaire Filiault est répréhensible et qu'il a abusé honteusement de sa victime. La sympathie qu'inspire la victime ne devrait cependant pas faire oublier que la question devant la Cour se limite à déterminer si, suivant une norme de contrôle requérant une grande retenue judiciaire, les instances inférieures ont fait erreur en refusant d'intervenir pour casser la décision du Comité administratif de la Chambre des notaires (le « Comité »).

En toute déférence, je suis d'avis qu'il n'est pas approprié d'intervenir. Selon moi, l'art. 2.01 du *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 8 (le « règlement »), est susceptible de plus d'une interprétation raisonnable, et celle retenue par le tribunal compétent n'est pas déraisonnable.

Toutefois, même si j'étais d'accord avec la majorité sur la pertinence d'une intervention judiciaire, je renverrais le dossier au Comité pour qu'il se prononce sur les aspects de la réclamation sur lesquels

on. I believe that the majority position oversteps the boundaries of judicial review, which permits judges to examine the legality of a decision but only allows them to rule on the merits in limited cases.

I. More Than One Possible Interpretation of Section 2.01 of the Regulation

To determine the scope of the protection afforded by the Regulation, it is useful to recall the requirements which give rise to the application of s. 2.01 of the Regulation. The section reads as follows:

2.01. The Bureau shall establish an indemnity fund to be used to reimburse the sums of money or other securities used by a notary for purposes other than those for which they had been delivered to him in the practice of his profession.

Four elements must therefore be established in order to give rise to the protection: (1) there must be sums of money or other securities; (2) they must have been delivered to the notary; (3) they must have been delivered in the practice of his profession; and (4) the notary must have used them for purposes other than those for which they had been delivered to him.

Contrary to the majority's analysis, I cannot conclude that the Committee's decision was founded solely on its opinion that the notary was not acting in the practice of his profession.

Although brief, the December 13, 1996 decision of the Committee addresses three of the four elements in s. 2.01. These three elements are emphasized in the decision:

[TRANSLATION] WHEREAS Nolan Filiatrault was not acting "in the practice of his profession" within the meaning of the *Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec*;

WHEREAS the property was not, in any way, "delivered" to Nolan Filiatrault "in the practice of his profession" within the meaning of the *Regulation respecting*

il n'a pas statué. J'estime, en effet, que la position majoritaire déborde les limites de la révision judiciaire, laquelle réserve au juge le soin d'examiner la légalité de la décision mais ne lui permet que dans des cas restreints de statuer lui-même sur le fond.

I. L'article 2.01 du règlement est susceptible de plus d'une interprétation

Pour déterminer la portée de la protection offerte par le règlement, il est utile de rappeler les conditions donnant ouverture à l'application de l'art. 2.01 du règlement. Cet article est ainsi libellé :

2.01. Le Bureau établit un fonds d'indemnisation devant servir à rembourser les sommes d'argent ou autres valeurs utilisées par un notaire à d'autres fins que celles pour lesquelles elles lui avaient été remises dans l'exercice de sa profession.

Quatre éléments doivent donc être établis afin de donner ouverture à la protection : (1) il doit s'agir de sommes d'argent ou autres valeurs; (2) elles doivent avoir été remises au notaire; (3) elles doivent lui avoir été remises dans l'exercice de sa profession; (4) le notaire doit les avoir utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles lui avaient été remises.

Contrairement à l'analyse faite par la majorité, je ne puis conclure que la décision du Comité ait uniquement été fondée sur son opinion que le notaire n'agissait pas dans l'exercice de sa profession.

Malgré son laconisme, la décision du 13 décembre 1996 du Comité traite tout de même de trois des quatre éléments prévus à l'art. 2.01. Ces trois éléments sont mis en relief dans la décision :

CONSIDÉRANT QUE monsieur Nolan Filiatrault n'était pas dans « l'exercice de sa profession » au sens où ces mots sont utilisés dans le *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec*;

CONSIDÉRANT QUE cet immeuble n'a, de toute façon, pas été « remis » à monsieur Nolan Filiatrault « dans l'exercice de sa profession » au sens où ces mots sont

the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec;

WHEREAS the property was not “used” by Nolan Filiatrault “for purposes other than those for which [it] had been delivered to him” within the meaning of the *Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec;*

49 Thus, even if I were of the opinion that the victim would never have had any dealings with Mr. Filiatrault had he not been her notary and, consequently, that he was acting in the practice of his profession, I could not conclude, because of the deference owed to administrative tribunals in a case such as this, that the Committee’s decision justified the Court’s intervention. There are other factors at play here.

50 The Committee concluded that the property had not been delivered to Mr. Filiatrault in the practice of his profession, and that he had not used it for purposes other than those for which it had been delivered. This conclusion is founded on several cumulative conditions. Consequently, even if, in the opinion of a court, one of the conditions was met, that does not mean that the victim must be indemnified. Assuming that the notary acted in the practice of his profession, the other three conditions still have to be examined before ruling on the entitlement to indemnification.

51 A notary’s use of property for a purpose other than that contemplated by the client upon delivery presupposes, on the one hand, that the client has voluntarily delivered the property for a specific purpose and, on the other, that the client has given instructions for its custody, management and disposition. Such delivery and instructions do not fit neatly in a case in which the client’s property has been taken without his or her knowledge, through extortion or fraud, for example. Since the requirements are difficult to reconcile with these reprehensible acts, one could perhaps conclude that such acts are not covered by the Regulation and that an interpretation excluding them would be neither incorrect nor unreasonable. These observations apply to two of

employés dans le *Règlement sur le fonds d’indemnisation de la Chambre des notaires du Québec;*

CONSIDÉRANT QUE monsieur Nolan Filiatrault n’a pas « utilisé à d’autres fins » cet immeuble au sens où ces mots sont employés dans le *Règlement sur le fonds d’indemnisation de la Chambre des notaires du Québec;*

Ainsi, même si j’étais d’avis que la victime n’aurait jamais fait affaire avec le fraudeur s’il n’avait pas été son notaire et qu’il agissait donc dans l’exercice de sa profession, je ne pourrais, en raison de la déférence due aux tribunaux administratifs dans une affaire comme celle-ci, conclure que la décision du Comité justifie l’intervention de la Cour. En effet, d’autres facteurs entrent en jeu.

Le Comité a conclu que l’immeuble n’a pas été remis à M^e Filiatrault dans l’exercice de sa profession et que le notaire n’a pas utilisé cet immeuble à d’autres fins que celles pour lesquelles il lui avait été remis. Cette conclusion repose sur plusieurs conditions cumulatives. En conséquence, même si, de l’avis d’un tribunal judiciaire, une des conditions est remplie, cela ne signifie pas que la victime doit être indemnisée. À supposer donc que le notaire ait agi dans l’exercice de ses fonctions, il faut examiner les trois autres conditions avant de conclure au droit à l’indemnisation.

L’utilisation par un notaire d’un bien à une fin autre que celle prévue par le client lors de la remise presuppose, d’une part, que le client a remis volontairement un bien pour une fin particulière et, d’autre part, qu’il a donné des instructions quant à sa garde, à sa gestion ou à sa disposition. Cette remise et ces instructions cadrent mal dans le cas où le bien a été soutiré au client à son insu, comme lors d’une extorsion ou d’une obtention frauduleuse de bien. Or, si les conditions se prêtent mal à ces actes répréhensibles, c’est peut-être qu’ils ne sont pas visés par le règlement et qu’une interprétation qui les exclurait ne serait pas incorrecte ni même déraisonnable. Ces remarques s’appliquent à deux des conditions de l’art. 2.01 du règlement

the requirements under s. 2.01 of the Regulation that the Committee ruled on, but there is more.

The Committee did not consider the meaning of the words “sums of money or other securities”. The respondent raised a new argument before this Court, submitting that the property cannot be characterised as “sums of money or other securities”. My colleagues for the majority find that this argument comes too late and is without foundation. They reason that, since the contract of sale between the notary and the victim was annulled, our concern is not with the property, but rather the proceeds received by the notary when it was sold. The proceeds would then unquestionably constitute “sums of money” within the meaning of the Regulation (see para. 33 of the majority opinion). I find this approach inappropriate for a number of reasons.

First, this approach assumes that the argument necessarily had to be raised before the Committee and addressed by it. I cannot accept this position. Indeed, in the Committee’s opinion, the claim should have been refused because three of the prerequisites to protection were not met. We must consider whether the Committee necessarily had to rule on the fourth prerequisite. Administrative tribunals cannot be expected to conduct an exhaustive examination of all possible grounds that could potentially support their decision in order to protect themselves against the intervention of a court of law. Such a requirement would considerably increase the scope of a tribunal’s obligation to give reasons for its decisions.

Second, equating the property with a sum of money imposes an *ex post facto* analysis of the nature of the property delivered. This interpretation does not square well with the context of the Regulation, which calls for the property to be characterized upon its delivery, rather than after its conversion or disposition. This meaning results from reading s. 2.01 of the Regulation together with s. 89 of the *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, which requires professional orders to establish an indemnity fund. The first paragraph of this section reads as follows:

sur lesquelles le Comité s’est prononcé. Mais il y a plus.

Le Comité n’a pas étudié le sens de l’expression « sommes d’argent ou autres valeurs ». L’intimée, pour sa part, a plaidé pour la première fois devant la Cour que l’immeuble ne peut être ainsi caractérisé. Mes collègues de la majorité estiment que l’argument est tardif et qu’il ne saurait être fondé puisque, comme la vente intervenue entre le notaire et la victime a été annulée, il faudrait s’intéresser non à l’immeuble, mais à la somme reçue par le notaire lors de la revente. Cette somme serait incontestablement une « somm[e] d’argent » au sens du règlement (par. 33 de l’opinion majoritaire). Cette approche me paraît inappropriée pour de nombreuses raisons.

52

D’abord elle présume que l’argument devait nécessairement être soulevé devant le Comité ou traité par lui. Je ne puis accepter cette position. En effet, de l’avis du Comité, la réclamation devait être refusée parce que trois des conditions requises pour donner ouverture à la protection n’étaient pas remplies. Fallait-il nécessairement que le Comité se prononce sur la quatrième condition? On ne peut exiger des tribunaux administratifs qu’ils fassent une étude exhaustive de tous les motifs pouvant potentiellement justifier leur décision afin de se prémunir contre l’intervention d’un tribunal judiciaire. Une telle exigence alourdirait considérablement l’obligation qu’ils ont de motiver leurs décisions.

53

Ensuite, faire une équation entre l’immeuble et une somme d’argent impose une analyse après coup de la nature du bien remis. Cette interprétation colle mal au contexte du règlement, qui dicte une qualification du bien lors de sa remise et non après sa transformation ou sa disposition. En effet, ce sens ressort de la juxtaposition de l’art. 2.01 du règlement à l’art. 89 du *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, qui impose aux ordres professionnels l’obligation de créer un fonds d’indemnisation. Le premier paragraphe de cet article est libellé en ces termes :

54

89. The Bureau of an order whose members are called upon to hold sums of money or other securities for the account of their clients must, subject to the provisions of the Public Curator Act (chapter C-81) pertaining to unclaimed property, determine by regulation the terms, conditions and standards for receipt, custody and disposition of the sums of money and securities so held, and the terms, conditions and standards relating to the keeping and auditing of trust accounts, books and registers of such members. The regulation shall establish an indemnity fund to be used to repay the amounts of money or other securities used by a professional for purposes other than those for which they had been delivered to him in the practice of his profession and it shall fix the rules of administration and of investment of the sums of money making up the fund.

Under this section, a professional order must first establish the conditions for the reception, custody and disposition of sums of money or securities held by a professional, and then establish an indemnity fund. It would therefore appear that the property should be considered at its reception, rather than at the time of sale, as the regulation establishes the conditions for the reception, custody and disposition of property. I do not claim that this is the only reasonable interpretation, but it could, at the very least, have been the interpretation given by a duly constituted administrative tribunal.

55 Furthermore, since s. 2.01 of the Regulation has a considerable impact in Quebec, the administrative tribunal of competent jurisdiction must, first of all, consider how to interpret it. All professional orders in Quebec that are subject to s. 89 of the *Professional Code* have established identical coverage (see for example the Regulation in question here; the *Regulation respecting the indemnity fund of the Barreau du Québec*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 6, s. 1.01; the *Regulation respecting the indemnity fund of the Ordre des comptables agréés du Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-48, r. 6, s. 2.01; the *Regulation respecting the indemnity fund of the Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 12, s. 2.01; the *Regulation respecting the indemnity fund of the Corporation professionnelle des comptables généraux licenciés du Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 33, s. 2.01; and the *Regulation respecting trust accounting by bailiffs and the indemnity fund*

89. Le Bureau d'un ordre dont les membres sont appelés à détenir des sommes d'argent ou autres valeurs pour le compte de leurs clients doit, sous réserve des dispositions de la Loi sur le curateur public (chapitre C-81) relatives aux biens non réclamés, déterminer par règlement les modalités et les normes de réception, de garde et de disposition des sommes et valeurs ainsi détenues, ainsi que celles relatives à la tenue et à la vérification des comptes en fidéicommis, livres et registres de ces membres. Ce règlement doit établir un fonds d'indemnisation devant servir à rembourser les sommes d'argent ou autres valeurs utilisées par un professionnel à d'autres fins que celles pour lesquelles elles lui avaient été remises dans l'exercice de sa profession, et il doit en fixer les règles d'administration et de placement des montants le constituant.

Selon cet article, l'ordre professionnel détermine d'abord les conditions de réception, de garde et de disposition des sommes ou valeurs détenues par un professionnel, pour ensuite établir un fonds d'indemnisation. Il semble donc que l'on doive considérer le bien lors de sa réception et non après qu'il a été vendu, puisque le règlement établit les conditions de réception, de garde et de disposition du bien. Je ne prétends pas qu'il s'agisse de la seule interprétation raisonnable, mais telle pourrait à tout le moins être celle d'un tribunal administratif dûment constitué.

De plus, comme l'impact de l'art. 2.01 du règlement revêt une importance considérable au Québec, le tribunal administratif compétent devrait, en premier lieu, procéder à l'exercice interprétatif. En effet, tous les ordres professionnels du Québec soumis à l'art. 89 du *Code des professions* ont adopté des couvertures identiques (voir, outre le règlement qui nous occupe, le *Règlement sur le fonds d'indemnisation du Barreau du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 6, art. 1.01; le *Règlement sur le fonds d'indemnisation de l'Ordre des comptables agréés du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. C-48, r. 6, art. 2.01; le *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Corporation professionnelle des administrateurs agréés du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. C-26, r. 12, art. 2.01; le *Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Corporation professionnelle des comptables généraux licenciés du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. C-26, r. 33, art. 2.01; et le *Règlement sur la comptabilité en fidéicommis des huissiers de justice et sur le fonds d'indemnisation*

of the Chambre des huissiers de justice du Québec, O.C. 153-99, (1999) 131 O.G. II, 220, s. 21).

In other statutes, the legislature has established indemnity plans significantly different in scope from those required of professional orders. I am referring, for example, to such statutes as the *Real Estate Brokerage Act*, R.S.Q., c. C-73.1 (*Regulation respecting the application of the Real Estate Brokerage Act*, O.C. 1863-93, (1993) 125 O.G. II, 7041, ss. 28 et seq.), and the *Act respecting the distribution of financial products and services*, R.S.Q., c. D-9.2 (*Regulation respecting the eligibility of a claim submitted to the Fonds d'indemnisation des services financiers*, O.C. 831-99, (1999) 131 O.G. II, 2091). In these statutes, the right to indemnification appears to have a broader scope. Under s. 155 of the *Real Estate Brokerage Act*, the government may, by regulation, determine "the conditions of admissibility of claims . . . made to . . . the Fonds d'indemnisation . . . according to whether the claim or compensation pertains to fraud or a fraudulent transaction or to a misappropriation of funds or other property which, under this Act, must be deposited in a trust account" (emphasis added). Section 274 of the *Act respecting the distribution of financial products and services* provides that "[t]he object of the fund is to administer the sums of money deposited with it to compensate the victims of fraud, fraudulent tactics or embezzlement for which a firm, an independent representative or an independent partnership, is responsible" (emphasis added).

Upon reading these other Quebec statutes, it becomes apparent that a regulation explicitly specifying that coverage extends to sums of money or other securities delivered to a notary and used for purposes other than those authorized by the client can be interpreted differently from one that protects against any dishonest transaction, whatever form it might take.

In some provinces, the scope of coverage is broader than in Quebec. Such is the case with lawyers in Alberta and British Columbia. Section 31(4) of the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, lists three requirements governing eligibility

de la Chambre des huissiers de justice du Québec, D. 153-99, (1999) 131 G.O. II, 454, art. 21).

Dans d'autres lois, le législateur a prévu des régimes d'indemnisation dont la portée diffère sensiblement de celle imposée aux ordres professionnels. Il y a lieu de se reporter, entre autres, à la *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., ch. C-73.1 (*Règlement d'application de la Loi sur le courtage immobilier*, D. 1863-93, (1993) 125 G.O. II, 9059, art. 28 et suiv.), et à la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., ch. D-9.2 (*Règlement sur l'admissibilité d'une réclamation au Fonds d'indemnisation des services financiers*, D. 831-99, (1999) 131 G.O. II, 3072). Dans ces lois, les contours du droit à l'indemnisation semblent plus étendus. En effet, l'art. 155 de la *Loi sur le courtage immobilier* prévoit que le gouvernement peut déterminer, par règlement, « les conditions d'admissibilité des réclamations adressées au Fonds d'indemnisation [. . .] selon qu'il s'agit d'une fraude ou d'une opération malhonnête, d'une part, ou d'un détournement de fonds ou d'autres biens qui, en application de la présente loi, doivent être déposés dans un compte en fidéicommis, d'autre part » (je souligne). L'article 274 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* prévoit que « [l]e Fonds a pour objet d'administrer les sommes d'argent qui y sont déposées pour indemniser les victimes de fraude, de manœuvres dolosives ou de détournement de fonds dont est responsable un cabinet, un représentant autonome ou une société autonome » (je souligne).

Il ressort de ces autres lois québécoises qu'un règlement qui spécifie explicitement que la couverture vise les sommes ou autres valeurs remises à un notaire et utilisées à des fins autres que celles autorisées par le client peut être interprété différemment d'un autre qui protège contre toute opération malhonnête quelle que soit la forme qu'elle puisse prendre.

Dans quelques provinces canadiennes, la portée de la couverture est plus large qu'au Québec. Ainsi en va-t-il pour les avocats en Alberta et en Colombie-Britannique. Le paragraphe 31(4) de la *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, ch. 9, énumère

for compensation: “(a) money or other property was entrusted to or was otherwise received by a lawyer in the lawyer’s capacity as a barrister and solicitor, (b) the lawyer misappropriated or wrongfully converted the money or other property, and (c) a person sustained a pecuniary loss as a result of that misappropriation or wrongful conversion” (emphasis added). Section 89(2) of the *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, c. L-8, provides that “[i]f a member misappropriates or wrongfully converts money or other property entrusted to or received by a member in the member’s capacity as a barrister and solicitor and in the course of the member’s practice as a barrister and solicitor, a person entitled to the money or other property may submit a claim to the Society for compensation from the Assurance Fund” (emphasis added). In Ontario, the differences from the Quebec plan are even more apparent. Section 51(5) of the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, reads as follows: “Convocation in its absolute discretion may make grants from the Compensation Fund in order to relieve or mitigate loss sustained by any person in consequence of dishonesty on the part of any member in connection with such member’s law practice or in connection with any trust of which the member was or is a trustee. . .” (emphasis added). The eligibility requirements of these plans are more flexible than those of the funds governed by s. 89 of the *Professional Code*. The contrast serves to highlight the distinctively less generous nature of the Quebec plan at issue here.

59 Moreover, it is far from certain that the meaning of the expression “or other securities” in the English version of s. 2.01 of the Regulation would be sufficiently broad to include immovable property.

60 Finally, the approach and conclusion adopted by the majority mean that administrative tribunals are left no margin for interpretation. This is a case in which we are not concerned about the opinion of a specialized decision-maker. According to the majority, the words “sums of money or other securities” could have only one meaning, only one reasonable or correct interpretation. In other words, this would be another case in which the correctness standard has been confused with standards requiring a greater degree of deference. As I believe I have shown, the

trois conditions d’admissibilité à l’indemnisation : [TRADUCTION] « a) un avocat s’est vu confier ou a autrement reçu des sommes d’argent ou d’autres biens en sa qualité d’avocat, b) l’avocat a détourné ou s’est approprié illicitelement les sommes d’argent ou d’autres biens, c) l’intéressé a subi une perte pécuniaire par suite de ce détournement ou de cette appropriation illicite » (je souligne). Le paragraphe 89(2) de la *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, ch. L-8, prévoit que [TRADUCTION] « si un membre détourne ou s’approprie illicitelement des sommes d’argent ou d’autres biens qui lui ont été confiés ou qu’il a reçus en sa qualité d’avocat, l’intéressé peut présenter au Barreau une réclamation demandant une indemnisation sur le fonds d’assurance » (je souligne). En Ontario, les différences avec le régime québécois sont encore plus évidentes. Le paragraphe 51(5) de la *Loi sur la Société du Barreau*, L.R.O. 1990, ch. L.8, dispose : « Le Conseil peut, à son entière discrétion, accorder une indemnité provenant du Fonds d’indemnisation, afin de dédommager partiellement ou intégralement une personne d’un préjudice subi en raison de la malhonnêteté d’un membre dans l’exercice de sa profession ou à l’égard d’un mandat de fiducie qui lui avait été confié . . . » (je souligne). Les conditions d’admissibilité de ces régimes sont plus souples que celles des fonds régis par l’art. 89 du *Code des professions*. Le contraste met en relief le caractère distinct, moins généreux, du régime québécois ici en cause.

Par ailleurs, il est loin d’être certain que la portée de l’expression « *or other securities* » dans la version anglaise de l’art. 2.01 du règlement soit assez large pour inclure un bien immeuble.

Enfin, l’approche et la conclusion adoptées par les juges majoritaires font que la marge interprétative laissée au tribunal administratif est nulle. Il s’agit d’un cas où l’on ne se soucie pas de l’opinion du décideur spécialisé. Aux termes du jugement de la majorité, l’expression « sommes d’argent ou autres valeurs » ne pourrait avoir qu’un sens, qu’une seule interprétation raisonnable ou correcte. Autrement dit, ce serait un autre cas où la norme de la décision correcte se confondrait avec les normes imposant une plus grande retenue. Pourtant, comme

words “sums of money or other securities” could very well designate the property as it was characterized upon delivery. Neither the analysis nor the conclusion made is in keeping with the strong privative clause, the expertise of the Committee’s members, the nature of the issue, which is a simple claim for indemnification, or the purpose of the Regulation, which has its origins in s. 89 of the *Professional Code*.

In my analysis, I have been careful to look to this Court’s case law on the standard of review for guidance. According to the elements of the pragmatic and functional approach to which I alluded earlier, there can be no question that the decision is central to the Committee’s jurisdiction and, consequently, that the Committee has a wide margin for interpretation. Moreover, the parties agreed that the applicable standard was one of the greatest deference.

In my opinion, it was not unreasonable for the Committee to conclude that the property was not delivered to the notary and that he did not use it for purposes other than those for which it had been delivered to him. This is not a case in which the Committee’s decision has no rational basis, nor is it a case in which an error is apparent on the face of the record. In other words, it is not unreasonable to conclude that the unlawful act committed by Mr. Filiatrault is more properly characterized as fraud, a dishonest transaction or a fraudulent tactic than as a misappropriation of funds, and that only a misappropriation of funds gives rise to indemnification under the fund. It is far from obvious that the “*escroquerie*” (swindle), as the Court of Appeal called it, perpetrated by Mr. Filiatrault would fall within [TRANSLATION] “the scope of the right to indemnification” under s. 89 of the *Professional Code* and s. 2.01 of the Regulation.

II. Role of the Court in Judicial Review

As I have already mentioned, even if I had concluded that the decision was unreasonable, I would still have referred the case back to the Committee so

je crois l’avoir démontré, l’expression « sommes d’argent ou autres valeurs » peut très bien désigner le bien tel qu’il peut être caractérisé lors de la remise. Ni l’analyse de la disposition en cause ni la conclusion retenue ne tiennent compte de la clause privative rigoureuse, de l’expertise des membres du Comité, de la nature de la question, qui est une simple demande d’indemnisation, ou de l’objet du règlement, qui prend sa source dans l’art. 89 du *Code des professions*.

61

Dans mon analyse, je prends soin d’utiliser comme point de repère la jurisprudence de la Cour sur la norme de contrôle. Selon les éléments de l’approche pragmatique et fonctionnelle auxquels j’ai fait allusion plus haut, il est certain que la décision se situe au cœur de la compétence du Comité et qu’en conséquence celui-ci bénéficie, en principe, d’une large marge interprétative. Les parties ont d’ailleurs soutenu que la norme applicable est celle exigeant la plus grande retenue.

62

J’estime donc qu’il n’est pas déraisonnable pour le Comité de conclure que l’immeuble n’a pas été remis au notaire et que ce dernier ne l’a pas utilisé à d’autres fins que celles pour lesquelles il lui aurait été remis. Il ne s’agit ni d’un cas où la décision du Comité serait dépourvue de fondement rationnel, ni d’un cas où une erreur paraîtrait au vu du dossier. En d’autres termes, il n’est pas déraisonnable de soutenir que l’acte illicite commis par le notaire Filiatrault s’apparente davantage à une fraude, à une opération malhonnête ou à une manœuvre dolosive qu’à un détournement de fonds et que seul ce dernier comportement ouvre droit à indemnisation par le fonds. Il n’est donc pas évident que, pour reprendre l’expression de la Cour d’appel, « [l’]*escroquerie* » concoctée par le notaire Filiatrault entre « dans le cadre du droit à l’indemnisation » prévu à l’art. 89 du *Code des professions* et à l’art. 2.01 du règlement.

II. Le rôle du tribunal en matière de révision judiciaire

Comme je l’ai mentionné ci-dessus, même si j’avais conclu que la décision était déraisonnable, j’aurais été d’avis de retourner le dossier au Comité

63

that it could render a decision on the aspects of the case it had not yet ruled on.

64 I have difficulty conceiving how the Court could, without usurping the function of the Committee, substitute its own judgment for that of the Committee with respect to the meaning of "sums of money or other securities". There is no question that the Superior Court has very limited powers to review decisions that are central to the jurisdiction of an administrative tribunal. The appellant entitled his application [TRANSLATION] "application for mandamus, issuance of an order for evocation and judicial review". This is plainly not a case of mandamus. Evocation and judicial review are an exercise of the Superior Court's supervisory power over administrative tribunals. This power is based on art. 846 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. LeBel J.A. (as he then was) defined the scope and limits of judicial review in *Gilde des employés de Super Carnaval (Lévis) v. Tribunal du travail*, [1986] R.J.Q. 1556 (C.A.), at p. 1558:

[TRANSLATION] As fundamental and broad as this jurisdiction [the superintending and reforming power of the Superior Court] may be, it nevertheless remains limited to reviewing the activities of lower tribunals and administrative bodies to ensure their regularity and legality and to uphold fundamental justice. A higher court will intervene to the extent required, but no more. The court may not assume the functions of lower tribunals. Evocation is an appeal to the general jurisdiction of the Superior Court to correct an irregularity or injustice. It is not a substitution of the Superior Court for the body or tribunal subject to judicial review. To conceive of judicial review as an instrument for substituting the Superior Court for lower tribunals would violate the limits of the Court's role and impinge upon the jurisdictional autonomy of entities subject to judicial review, as confirmed in recent case law of the Supreme Court of Canada. [Emphasis added.]

See also *Pelletier v. Cour du Québec*, [2002] R.J.Q. 2215 (C.A.); *Gardner v. Air Canada*, J.E. 99-1143 (C.A.); *Panneaux Vicply inc. v. Guindon*, J.E. 98-109 (C.A.).

65 Consequently, once it has been determined that an administrative tribunal has exceeded its jurisdiction by rendering an unreasonable decision on

pour qu'il statue sur les aspects du dossier sur lesquels il ne s'est pas prononcé.

En effet, je conçois difficilement comment la Cour peut, sans usurper la fonction du Comité, se substituer à lui quant au sens à donner à l'expression « sommes d'argent ou autres valeurs ». Il est acquis que la Cour supérieure dispose d'un pouvoir d'intervention très limité en matière de révision de décisions qui se situent au cœur de la compétence d'un tribunal administratif. L'appelant a intitulé sa demande « requête en mandamus, émission d'ordonnance en évocation et révision judiciaire ». Il ne s'agit pas, de toute évidence, d'un *mandamus*. Par ailleurs, l'évocation et la révision judiciaire font appel au pouvoir de contrôle par la Cour supérieure des tribunaux administratifs. Ce pouvoir se fonde sur l'art. 846 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. Le juge LeBel (maintenant juge de notre Cour) a bien circonscrit l'étendue et les limites du contrôle judiciaire dans *Gilde des employés de Super Carnaval (Lévis) c. Tribunal du travail*, [1986] R.J.Q. 1556 (C.A.), p. 1558 :

Si fondamentale et si étendue que soit cette juridiction [pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure], elle demeure cependant un contrôle de régularité, de légalité et de protection de la justice fondamentale dans l'activité des tribunaux inférieurs et des corps administratifs. La Cour supérieure interviendra autant que nécessaire, mais pas davantage. Elle ne saurait s'arroger les fonctions propres des tribunaux inférieurs. Evocation veut dire appel à la juridiction générale de la Cour supérieure, pour corriger une irrégularité ou une injustice. Elle ne signifie pas la substitution de la Cour supérieure au corps ou au tribunal placé sous son contrôle judiciaire. Une telle conception du contrôle judiciaire comme instrument de substitution de la Cour supérieure au tribunal inférieur violerait les limites de son rôle et ne respecterait pas l'autonomie juridictionnelle des organismes soumis au contrôle judiciaire, que réaffirmait la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada. [Je souligne.]

Voir également *Pelletier c. Cour du Québec*, [2002] R.J.Q. 2215 (C.A.); *Gardner c. Air Canada*, J.E. 99-1143 (C.A.); *Panneaux Vicply inc. c. Guindon*, J.E. 98-109 (C.A.).

Par conséquent, une fois jugé que le décideur administratif a compromis sa juridiction en rendant une décision déraisonnable et qu'il subsiste

a matter within its jurisdiction, the case must, in theory, be sent back to it: *Gilde, supra; Guindon, supra; Commissaire à la déontologie policière v. Bourdon*, [2000] R.J.Q. 2239 (C.A.); *Comité de déontologie policière v. Millette*, J.E. 2000-591 (C.A.); *Compagnie des transformateurs Philips Ltée v. Métallurgistes unis d'Amérique, local 7812*, [1985] C.A. 684.

A court of law may not substitute its decision for that of an administrative decision-maker lightly or arbitrarily. It must have serious grounds for doing so. A court of law may render a decision on the merits if returning the case to the administrative tribunal would be pointless: *Guindon, supra; Gilde, supra*. Such is also the case when, once an illegality has been corrected, the administrative decision-maker's jurisdiction has no foundation in law: *Gilde, supra*. The courts may also intervene in cases where, in light of the circumstances and the evidence in the record, only one interpretation or solution is possible, that is, where any other interpretation or solution would be unreasonable: *Matane (Ville de) v. Fraternité des policiers et pompiers de la Ville de Matane inc.*, [1987] R.J.Q. 315 (C.A.). It is also accepted that a case may not be sent back to the competent authority if it is no longer fit to act, such as in cases where there is a reasonable apprehension of bias: *Guindon, supra; Ordre des audioprothésistes du Québec v. Chanteur*, [1996] R.J.Q. 539 (C.A.); *Transformateurs Philips, supra; Gilde, supra*.

This rule is not enshrined in any statute. Nevertheless, throughout Canada, judicial review is founded on reviewing courts' deference to the expertise and discretion of administrative tribunals. In *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (2003), authors D. J. M. Brown and J. M. Evans make the following comments on the role of a reviewing court (at para. 5:2210):

Where the error is jurisdictional and is of such a nature that it cannot be corrected, an order remitting the matter to the tribunal would obviously not be appropriate. Where the error is made within jurisdiction, however, or where it involves a breach of procedural fairness, and notwithstanding that once a decision is quashed it is open

une matière relevant de sa compétence, le dossier doit, en principe, lui être retourné : *Gilde*, précité; *Guindon*, précité; *Commissaire à la déontologie policière c. Bourdon*, [2000] R.J.Q. 2239 (C.A.); *Comité de déontologie policière c. Millette*, J.E. 2000-591 (C.A.); *Compagnie des transformateurs Philips Ltée c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 7812*, [1985] C.A. 684.

Une cour de justice ne peut substituer sa décision à celle d'un décideur administratif à la légère ou de manière arbitraire, sans justification sérieuse. Ainsi, un tribunal judiciaire peut statuer sur le fond si le renvoi au tribunal administratif s'avère inutile : *Guindon*, précité; *Gilde*, précité. C'est aussi le cas lorsque, une fois l'illégalité corrigée, le décideur administratif est sans compétence, faute d'assise juridique : *Gilde*, précité. Il en va de même lorsque, suivant les circonstances et la preuve au dossier, une seule interprétation ou solution est envisageable, c'est-à-dire que toute autre interprétation ou solution serait déraisonnable : *Matane (Ville de) c. Fraternité des policiers et pompiers de la Ville de Matane inc.*, [1987] R.J.Q. 315 (C.A.). Par ailleurs, il est également acquis que le dossier ne sera pas renvoyé à l'autorité compétente si celle-ci n'est plus en état d'agir, par exemple, s'il y a crainte raisonnable de partialité : *Guindon*, précité; *Ordre des audioprothésistes du Québec c. Chanteur*, [1996] R.J.Q. 539 (C.A.); *Transformateurs Philips*, précité; *Gilde*, précité.

66

Cette règle n'est pas encastrée dans une loi. Il demeure cependant que, partout au Canada, le contrôle judiciaire est fondé sur le respect, par les tribunaux de révision, de l'expertise et de la discréction des tribunaux administratifs. Les auteurs D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (2003), commentent ainsi le rôle du tribunal siégeant en révision judiciaire (par. 5:2210) :

67

[TRADUCTION] S'il s'agit d'une erreur juridictionnelle d'une nature telle qu'elle ne peut être corrigée, il ne conviendrait manifestement pas d'ordonner de renvoyer l'affaire au tribunal administratif. Par contre, si celui-ci a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence ou s'il y a eu violation de l'équité procédurale, même si,

to the decision-maker to proceed anew, the appropriate remedy may be to order that the matter be remitted for redetermination. . . . Moreover, even where a court has the express power to substitute its decision for that of an agency, as in the case of an appeal from an administrative decision, the court's lack of expertise may warrant an order remitting the matter to the agency for redetermination.

This Court generally follows this rule (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54). I see no reason to depart from it here.

68 None of the exceptions that would allow a court to substitute its opinion for that of the administrative tribunal applies here. On the contrary, everything weighs in favour of remitting the case to the Committee, since the Committee has not ruled on an issue, has the legal authority and necessary expertise to make a decision, and was not obliged to rule on this issue when it considered the case, as it had already given three reasons for refusing the claim. Finally, the fact that a considerable amount of time has passed since the Committee rendered its decision is not in my view an exceptional circumstance that would warrant not remitting the case to the Committee. The delay is inherent to the judicial process. If this delay were considered exceptional, all appeals to the Supreme Court, and perhaps all appeals to the Court of Appeal as well, would place the parties in exceptional circumstances.

69 There is another ground for remitting the present case. There is no special reason that would justify having the Court award compensation or determine the outcome of the claim. Such a conclusion would put us outside the boundaries of judicial review. The Court is not asked to consider the claim itself; the Court's function is limited to reviewing the legality of the Committee's decision. The task of examining the case in its entirety and reaching a decision is left to the administrative decision-maker.

III. Conclusion

70 To sum up, sympathy for the victim cannot in my view result in a casting aside of the rules of administrative law. When a tribunal acts within the

une fois la décision annulée, il est loisible au décideur d'entamer de nouvelles procédures, la réparation appropriée peut consister à ordonner le renvoi de l'affaire pour réexamen. [. . .] De plus, même si un tribunal judiciaire a le pouvoir exprès de substituer sa décision à celle d'un organe administratif, comme dans le cas d'un appel d'une décision administrative, le fait qu'il ne dispose pas d'expertise voulu peut justifier une ordonnance portant renvoi de l'affaire pour réexamen.

La Cour suit d'ailleurs habituellement cette règle (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54). Je ne vois pas de raison d'y déroger ici.

En l'espèce, aucune des exceptions permettant à une cour de substituer son opinion à celle du tribunal administratif ne trouve application. Au contraire, tout milite en faveur d'un renvoi parce que le Comité n'a pas statué sur une question, qu'il dispose de l'assise juridique et de l'expertise nécessaire pour se prononcer et qu'il n'était pas dans l'obligation de se prononcer sur cette question lorsqu'il a étudié le dossier puisqu'il avait déjà trois motifs fondant son refus. Finalement, le fait qu'un délai se soit écoulé depuis le moment où le Comité a prononcé sa décision ne me paraît pas être une circonstance exceptionnelle justifiant de ne pas retourner le dossier au Comité. Il s'agit du délai inhérent au processus judiciaire. Si le délai était considéré comme une circonstance exceptionnelle, les pourvois à la Cour suprême, et peut-être aussi ceux présentés à la Cour d'appel, placeraient les parties en situation d'exception.

Le renvoi du dossier s'impose pour une autre raison. En effet, aucune justification particulière n'autorise la Cour à prononcer une condamnation pécuniaire ni à dicter le sort de la réclamation. Une telle conclusion déborde ici le cadre de la révision judiciaire. La Cour n'est pas saisie de la réclamation elle-même; sa fonction est limitée à la révision de la légalité de la décision du Comité. La tâche d'examiner le dossier dans son entier et de statuer revient au décideur administratif.

III. Conclusion

En résumé, je ne puis me convaincre que la sympathie due à une victime puisse donner lieu à un bouleversement des règles du droit administratif.

limits of its jurisdiction, the reviewing court must show deference and accept that a regulatory provision may have more than one interpretation. In the present case, the Committee could have provided more detailed reasons, but that cannot be used as a pretext for having this Court substitute its judgment for that of the Committee. The importance of the provision to be interpreted militates in favour of remitting the case to the tribunal. It is not the place of this Court to dictate to legislatures the extent of the protection clients of professionals should enjoy.

ANNEX

Relevant Legislation

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

89. The Bureau of an order whose members are called upon to hold sums of money or other securities for the account of their clients must, subject to the provisions of the Public Curator Act (chapter C-81) pertaining to unclaimed property, determine by regulation the terms, conditions and standards for receipt, custody and disposition of the sums of money and securities so held, and the terms, conditions and standards relating to the keeping and auditing of trust accounts, books and registers of such members. The regulation shall establish an indemnity fund to be used to repay the amounts of money or other securities used by a professional for purposes other than those for which they had been delivered to him in the practice of his profession and it shall fix the rules of administration and of investment of the sums of money making up the fund.

Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 8

2.01. The Bureau shall establish an indemnity fund to be used to reimburse the sums of money or other securities used by a notary for purposes other than those for which they had been delivered to him in the practice of his profession.

4.03. The Administrative Committee, upon the recommendation of the committee, shall decide whether it is expedient to allow a claim in whole or in part and, where necessary, shall fix the indemnity. Its decision is final.

4.04. The maximum indemnity payable from the fund is established at 300 000 \$ for the total claims against the same notary. . .

Dans un cas où un tribunal agit dans les limites de sa compétence, la cour de révision doit faire preuve de déférence et accepter qu'une disposition réglementaire puisse recevoir plus d'une interprétation. En l'espèce, le Comité aurait pu fournir des motifs plus élaborés, mais cette faille ne peut servir de prétexte pour que notre Cour se substitue à lui. L'importance de la disposition à interpréter devrait militer en faveur d'un renvoi. Le rôle de la Cour n'est pas de dicter aux législatures l'étendue de la protection dont les clients des professionnels doivent bénéficier.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

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

89. Le Bureau d'un ordre dont les membres sont appelés à détenir des sommes d'argent ou autres valeurs pour le compte de leurs clients doit, sous réserve des dispositions de la Loi sur le curateur public (chapitre C-81) relatives aux biens non réclamés, déterminer par règlement les modalités et les normes de réception, de garde et de disposition des sommes et valeurs ainsi détenues, ainsi que celles relatives à la tenue et à la vérification des comptes en fidéicommis, livres et registres de ces membres. Ce règlement doit établir un fonds d'indemnisation devant servir à rembourser les sommes d'argent ou autres valeurs utilisées par un professionnel à d'autres fins que celles pour lesquelles elles lui avaient été remises dans l'exercice de sa profession, et il doit en fixer les règles d'administration et de placement des montants le constituant.

Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 8

2.01. Le Bureau établit un fonds d'indemnisation devant servir à rembourser les sommes d'argent ou autres valeurs utilisées par un notaire à d'autres fins que celles pour lesquelles elles lui avaient été remises dans l'exercice de sa profession.

4.03. Le Comité administratif, sur recommandation du comité, décide s'il y a lieu de faire droit en tout ou en partie à une réclamation et, le cas échéant, en fixe l'indemnité. Sa décision est définitive.

4.04. L'indemnité maximale payable à même le fonds est établie à la somme de 300 000 \$ pour le total des réclamations contre le même notaire. . .

Notarial Act, R.S.Q., c. N-2

2. (1) Notaries are legal practitioners and public officers whose chief duty is to draw up and execute deeds and contracts to which the parties are bound or desire to give the character of authenticity attached to acts of the public authority and to assure the date thereof.

4. (1) Every notary shall be called "notary" and his official signature shall include the word "notary" following his usual signature. . . .

15. The chief duties of every notary, in addition to those required of him by this Act, shall be:

(b) to observe in the practice of his profession the rules of the most scrupulous honesty and impartiality;

Code of ethics of notaries, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 3

3.01.05. A notary must give disinterested, frank and honest advice to his clients or parties.

3.03.04. Unless he has sound and reasonable grounds therefor, a notary may not cease to act for the account of a client. The following shall, in particular, constitute sound and reasonable grounds:

(a) loss of the client's confidence;

(b) the fact that the notary is in a situation of conflict of interest or in a situation such that his professional independence could be called in question;

(c) inducement by the client to perform illegal, unfair and fraudulent acts.

3.04.01. A notary must subordinate his personal interest to that of his client.

4.02.01. In addition to those referred to in sections 57 and 58 of the Professional Code, the following acts are derogatory to the dignity of the profession:

(b) misappropriating or using for purposes other than those authorized by the client the monies or securities entrusted to the notary in the practice of his profession;

Loi sur le notariat, L.R.Q., ch. N-2

2. 1. Les notaires sont des praticiens du droit et des officiers publics dont la principale fonction est de rédiger et de recevoir les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité qui s'attache aux actes de l'autorité publique et en assurer la date.

4. 1. Tout notaire s'intitule « notaire » et sa signature officielle doit comprendre, à la suite de sa signature habituelle, le mot « notaire ».

15. Les principaux devoirs d'un notaire, outre ceux qui lui sont imposés par la présente loi, sont :

b) d'observer, dans l'exercice de sa profession, les règles de la probité et de l'impartialité la plus scrupuleuse;

Code de déontologie des notaires, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 3

3.01.05. Le notaire doit agir comme conseiller désintéressé, franc et honnête de ses clients ou des parties.

3.03.04. Le notaire ne peut, sauf pour un motif juste et raisonnable, cesser d'agir pour le compte d'un client. Constituent notamment des motifs justes et raisonnables :

a) la perte de la confiance du client;

b) le fait que le notaire soit en situation de conflit d'intérêts ou dans un contexte tel que son indépendance professionnelle pourrait être mise en doute;

c) l'incitation, de la part du client, à l'accomplissement d'actes illégaux, injustes et frauduleux.

3.04.01. Le notaire doit subordonner son intérêt personnel à celui de son client.

4.02.01. En outre de ceux mentionnés aux articles 57 et 58 du Code des professions, sont dérogatoires à la dignité de la profession, les actes suivants :

b) le détournement ou l'emploi pour des fins autres que celles indiquées par le client de deniers ou valeurs confiés au notaire dans l'exercice de sa profession;

Notaries Act, R.S.Q., c. N-3

10. A notary is a public officer and takes part in the administration of justice. A notary is also a legal adviser.

The mission of a notary, in his or her capacity as a public officer, is to execute acts which the parties wish or are required to endow with the authenticity attaching to acts of public authority, to provide such acts with a fixed date, and to keep all acts executed *en minute* in his or her notarial records and issue copies of or extracts from them.

11. In his or her role as a public officer, a notary is duty-bound to act impartially and to advise all parties to an act which the parties wish or are required to endow with authenticity.

Code of ethics of notaries, (2002) 134 O.G. II, 4561

18. No notary shall use for his own purposes the monies, securities, or other property entrusted to him in the practice of his profession. In particular, he shall not use them as a personal loan or security, or invest them to his own advantage, whether in his name, through an intermediary, or on behalf of a legal person in which he owns an interest.

30. No notary may be in a situation of conflict of interest.

A notary is in a situation of conflict of interest where the interests are such that he may be inclined to give preference to some of them, or his judgment or loyalty may be unfavourably affected.

As soon as the notary finds himself in a conflict of interest, he shall cease to perform his duties.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

1422. A contract that is null is deemed never to have existed.

In such a case, each party is bound to restore to the other the prestations he has received.

1617. Damages which result from delay in the performance of an obligation to pay a sum of money consist of interest at the agreed rate or, in the absence of any agreement, at the legal rate.

The creditor is entitled to the damages from the date of default without having to prove that he has sustained any injury.

Loi sur le notariat, L.R.Q., ch. N-3

10. Le notaire est un officier public et collabore à l'administration de la justice. Il est également un conseiller juridique.

En sa qualité d'officier public, le notaire a pour mission de recevoir les actes auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité qui s'attache aux actes de l'autorité publique, d'en assurer la date et, s'il s'agit d'actes reçus en minute, d'en conserver le dépôt dans un greffe et d'en donner communication en délivrant des copies ou extraits de ces actes.

11. Dans le cadre de sa mission d'officier public, le notaire a le devoir d'agir avec impartialité et de conseiller toutes les parties à un acte auquel elles doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité.

Code de déontologie des notaires, (2002) 134 G.O. II, 5969

18. Le notaire ne peut utiliser pour ses fins personnelles les fonds, valeurs et autres biens qui lui sont confiés dans l'exercice de sa profession. Ainsi, il ne peut notamment les utiliser comme emprunt personnel ou en garantie ni les placer à son profit, soit en son nom personnel, soit par personne interposée ou pour le compte d'une personne morale dans laquelle il détient un intérêt.

30. Le notaire ne peut être en situation de conflits d'intérêts.

Il est en situation de conflits d'intérêts lorsque les intérêts sont tels qu'il peut être porté à préférer certains d'entre eux et que son jugement ou sa loyauté peuvent être défavorablement affectés.

Dès qu'il constate qu'il se trouve dans une situation de conflits d'intérêts, le notaire doit cesser d'exercer ses fonctions.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

1422. Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé.

Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues.

1617. Les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux convenu ou, à défaut de toute convention, au taux légal.

Le créancier y a droit à compter de la demeure sans être tenu de prouver qu'il a subi un préjudice.

A creditor may stipulate, however, that he will be entitled to additional damages, provided he justifies them.

1619. An indemnity may be added to the amount of damages awarded for any reason, which is fixed by applying to the amount of the damages, from either of the dates used in computing the interest on them, a percentage equal to the excess of the rate of interest fixed for claims of the State under section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu over the rate of interest agreed by the parties or, in the absence of agreement, over the legal rate.

1701. In the case of total loss or alienation of property subject to restitution, the person liable to make the restitution is bound to return the value of the property, considered when it was received, or at the time of its loss or alienation, or at the time of its restitution, whichever value is the lowest, or, if the person is in bad faith or if the restitution is due to his fault, whichever value is the highest.

If the property has perished by superior force, however, the debtor is exempt from making restitution, but he shall then assign to the creditor, as the case may be, the indemnity he has received for the loss of the property or, if he has not already received it, the right to the indemnity. If the debtor is in bad faith or if the restitution is due to his fault, he is not exempt from making restitution unless the property would also have perished if it had been in the hands of the creditor.

Appeal allowed with costs, DESCHAMPS J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Duquette & Closson-Duquette, Sainte-Thérèse, Quebec.

Solicitors for the respondent and the intervenor: Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, Saint-Pierre, Montréal.

Le créancier peut, cependant, stipuler qu'il aura droit à des dommages-intérêts additionnels, à condition de les justifier.

1619. Il peut être ajouté aux dommages-intérêts accordés à quelque titre que ce soit, une indemnité fixée en appliquant à leur montant, à compter de l'une ou l'autre des dates servant à calculer les intérêts qu'ils portent, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé pour les créances de l'État en application de l'article 28 de la Loi sur le ministère du Revenu sur le taux d'intérêt convenu entre les parties ou, à défaut, sur le taux légal.

1701. En cas de perte totale ou d'aliénation du bien sujet à restitution, celui qui a l'obligation de restituer est tenu de rendre la valeur du bien, considérée au moment de sa réception, de sa perte ou aliénation, ou encore au moment de la restitution, suivant la moindre de ces valeurs; mais s'il est de mauvaise foi ou si la cause de restitution est due à sa faute, la restitution se fait suivant la valeur la plus élevée.

Le débiteur est cependant dispensé de toute restitution si le bien a péri par force majeure, mais il doit alors céder au créancier, le cas échéant, l'indemnité qu'il a reçue pour cette perte, ou le droit à cette indemnité s'il ne l'a pas déjà reçue; lorsque le débiteur est de mauvaise foi ou que la cause de restitution est due à sa faute, il n'est dispensé de la restitution que si le bien eût également péri entre les mains du créancier.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge DESCHAMPS est dissidente.

Procureurs de l'appelant : Duquette & Closson-Duquette, Sainte-Thérèse, Québec.

Procureurs de l'intimée et de l'intervenant : Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, Saint-Pierre, Montréal.

Société de la Place des Arts de Montréal Appellant

v.

International Alliance of Theatrical Stage Employees, Moving Picture Technicians, Artists and Allied Crafts of the United States, its Territories and Canada, Stage Local 56 Respondent

and

Compagnie Jean Duceppe, Orchestre symphonique de Montréal, Les Grands Ballets Canadiens de Montréal, L'Opéra de Montréal and Festival International de Jazz de Montréal Inc. Mis en cause

INDEXED AS: I.A.T.S.E., STAGE LOCAL 56 v. SOCIÉTÉ DE LA PLACE DES ARTS DE MONTRÉAL

Neutral citation: 2004 SCC 2.

File No.: 28952.

2003: June 12; 2004: January 29.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour relations — Strike — Anti-strike breaking provision — Injunction — Employer ceasing to provide services performed by striking stage technicians — Tenants of performance halls becoming responsible for technical services — Whether employer infringed s. 109.1(b) of Labour Code, which prohibits employer from utilizing services of person employed by another employer to discharge duties of employees on strike — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 109.1(b).

The collective agreement between the Société de la Place des Arts de Montréal ("SPA") and the respondent union provided that the SPA would only employ union stage technicians. Likewise, the leases between the SPA and the tenants stipulated that the tenants would only use union technicians. Following a protracted labour dispute

Société de la Place des Arts de Montréal Appelante

c.

Alliance internationale des employés de scène, de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène numéro 56 Intimée

et

Compagnie Jean Duceppe, Orchestre symphonique de Montréal, Les Grands Ballets Canadiens de Montréal, L'Opéra de Montréal et Festival International de Jazz de Montréal Inc. Mis en cause

RÉPERTORIÉ : A.I.E.S.T., LOCAL DE SCÈNE N° 56 c. SOCIÉTÉ DE LA PLACE DES ARTS DE MONTRÉAL

Référence neutre : 2004 CSC 2.

N° du greffe : 28952.

2003 : 12 juin; 2004 : 29 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Bastarache, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations de travail — Grève — Dispositions anti-briseur de grève — Injonction — Employeur cessant d'offrir les services exécutés par ses techniciens de scène en grève — Services techniques devenant à la charge des locataires de salles de spectacle — L'employeur enfreint-il l'art. 109.1b) du Code du travail qui lui interdit d'utiliser les services d'une personne à l'emploi d'un autre employeur pour remplir les fonctions des salariés en grève? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 109.1b).

Selon la convention collective entre la Société de la Place des Arts de Montréal (« SPA ») et le syndicat intimé, la SPA ne devait employer que des techniciens de scène membres du syndicat. De même, les baux liant la SPA à ses locataires prévoient que ceux-ci devaient recourir exclusivement aux services des techniciens

with its technicians, the SPA decided to quit providing technical services and amended the leases accordingly, leaving the tenants to hire their own stage technicians from that point forward. The union brought proceedings against the SPA for infringement of s. 109.1(b) of the *Labour Code*, which prohibits every employer from utilizing the services of a person employed by another employer to discharge the duties of an employee who is a member of the bargaining unit on strike. The SPA was fined by the Labour Tribunal. That decision was upheld on appeal. The SPA paid the fine but did not amend its conduct. The union therefore sought an injunction to prevent the SPA from continuing to infringe s. 109.1(b) of the Code. The Superior Court granted the injunction, which was upheld by the Court of Appeal in a majority decision.

Held: The appeal should be allowed. There was no violation of s. 109.1(b) of the *Labour Code* and the injunction should be vacated.

The Superior Court was not sitting in judicial or appellate review of the Labour Tribunal's decision, but rather as a court of first instance hearing an injunction application, which falls within its exclusive jurisdiction. Therefore no deference had to be shown to the Labour Tribunal and it was not an abuse of process for the SPA to defend itself by denying that it had breached the Code. The Superior Court judge was therefore correct to determine for himself, independently of the Labour Tribunal's finding, whether the SPA was in violation of s. 109.1(b) of the Code. This Court must also determine, on the correctness standard applicable on appeal from all legal determinations by lower courts, whether the SPA has violated the Code.

The courts below gave too broad a meaning to the concept of "utilizing" in s. 109.1(b) of the Code. The interpretation of s. 109.1(b) should bear in mind that the SPA and its tenants are distinct legal entities, and that the SPA has the right under Quebec law to go partially or completely out of business. While the SPA benefits indirectly from the services of stage technicians employed by the tenants, it does not utilize the services of persons employed by another employer contrary to s. 109.1(b). "To utilize" involves a positive act by the user. One who merely passively benefits from a given state of affairs does not utilize anything. Several factors point in this case to the conclusion that the SPA had genuinely abandoned the technical services side of its business to its tenants and that its decision to close was not merely a strikebreaking ruse. Where an employer genuinely goes out of business, its motive for doing so is not subject to review under

syndiqués. À la suite d'un long conflit de travail avec ses techniciens, la SPA décide de cesser de fournir des services techniques et de modifier en conséquence les baux des locataires afin qu'ils embauchent désormais leurs propres techniciens de scène. Le syndicat intente un recours contre la SPA pour manquement à l'al. 109.1b) du *Code du travail*, qui interdit à un employeur d'utiliser les services d'une personne à l'emploi d'un autre employeur pour remplir les fonctions d'un salarié faisant partie de l'unité de négociation en grève. Le Tribunal du travail, dont la décision est confirmée en appel, condamne la SPA à une amende. La SPA paie l'amende sans pour autant changer son comportement. Le syndicat dépose donc une requête en injonction afin de faire cesser la violation de l'al. 109.1b) du Code par la SPA. La Cour supérieure accorde l'injonction, laquelle est maintenue par la Cour d'appel à la majorité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Il n'y a pas eu violation de l'al. 109.1b) du *Code du travail* et l'injonction est annulée.

La Cour supérieure ne siégeait pas en contrôle judiciaire ni en appel de la décision du Tribunal du travail mais plutôt comme tribunal de première instance saisi d'une demande d'injonction, laquelle est de son ressort exclusif. Il n'y avait donc pas lieu de faire montre de retenue envers le Tribunal du travail et la SPA pouvait se défendre en niant avoir enfreint le Code sans pour autant que cela constitue un abus de procédure. C'est donc à bon droit que le juge de la Cour supérieure a fait abstraction de la conclusion du Tribunal du travail et déterminé lui-même si la SPA avait enfreint l'al. 109.1b) du Code. Notre Cour doit de même décider, sur le fondement de la norme de la décision correcte applicable en appel aux conclusions sur les questions de droit des juridictions inférieures, si la SPA a contrevenu au Code.

Les jugements dont appel ont donné un sens trop large au concept d'"utilisation" prévu à l'al. 109.1b) du Code. En interprétant l'al. 109.1b), il ne faut pas perdre de vue que la SPA et ses locataires forment des entités juridiques distinctes et que celle-ci est habilitée en droit québécois à cesser ses activités en tout ou en partie. Bien que la SPA bénéficie indirectement des services des techniciens de scène employés par les locataires, elle n'utilise pas les services de personnes travaillant pour un autre employeur à l'encontre de l'al. 109.1b). Le verbe "utiliser" connote en effet l'idée d'un acte positif par l'utilisateur. Quiconque ne bénéficie que passivement d'une situation donnée n'utilise rien. Plusieurs facteurs indiquent en l'espèce que la SPA a véritablement renoncé à l'exploitation de la composante de son entreprise consacrée à la prestation des services techniques à ses locataires et qu'il ne s'agit pas simplement d'un subterfuge pour briser la

s. 109.1(b). The union has not sought to invoke s. 45 of the Code against the tenants and there is nothing in this provision that prevents the SPA from restructuring its business and abandoning the provision of technical services to its tenants.

Cases Cited

Approved: *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22; **distinguished:** *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; **referred to:** *Côté v. Morgan* (1881), 7 S.C.R. 1; *Trudel v. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 S.C.R. 236; *Société de développement de la Baie James v. Kanatewat*, [1975] C.A. 166; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Syndicat des techniciens d'Hydro-Québec, section locale 957 (S.C.F.P.-F.T.Q.) v. Hydro-Québec*, D.T.E. 92T-90; *Caya v. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242; *Syndicat des employés de salaisons de Princeville Inc. v. Coopérative fédérée de Québec (succursale de Princeville)*, [1976] R.D.T. 89.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Société de la Place des Arts de Montréal, R.S.Q., c. S-11.03, s. 20 [am. 1999, c. 40, s. 280; am. 2000, c. 7, s. 4].

Act respecting the Société de la Place des Arts de Montréal, S.Q. 1982, c. 9, s. 20.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 751 et seq.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 59, 109.1(b).

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, “utilize”, “use”.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris: Le Robert, 2001, “utiliser”.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] Q.J. No. 4705 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [2001] R.J.D.T. 607, [2001] Q.J. No. 265 (QL). Appeal allowed.

Robert Bonhomme, Louis Leclerc and Richard Gaudreault, for the appellant.

Michel Morissette, for the respondent.

grève. Lorsqu'un employeur ferme véritablement son entreprise, le motif pour lequel il le fait n'est pas soumis à l'examen prévu à l'al. 109.1b). Le syndicat n'a pas tenté d'opposer l'art. 45 du Code aux locataires et rien dans cette disposition n'empêchait la SPA de restructurer son entreprise et de laisser à la charge de ses locataires la prestation des services techniques.

Jurisprudence

Arrêt approuvé : *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22; **distinction d'avec les arrêts :** *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; **arrêts mentionnés :** *Côté c. Morgan* (1881), 7 R.C.S. 1; *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236; *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Syndicat des techniciens d'Hydro-Québec, section locale 957 (S.C.F.P.-F.T.Q.) c. Hydro-Québec*, D.T.E. 92T-90; *Caya c. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242; *Syndicat des employés de salaisons de Princeville Inc. c. Coopérative fédérée de Québec (succursale de Princeville)*, [1976] R.D.T. 89.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 751 et suiv.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 45, 59, 109.1b).

Loi sur la Société de la Place des Arts de Montréal, L.Q. 1982, ch. 9, art. 20.

Loi sur la Société de la Place des Arts de Montréal, L.R.Q., ch. S-11.03, art. 20 [mod. 2000, ch. 7, art. 4].

Doctrine citée

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford : Clarendon Press, 1995, « utilize », « use ».

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.

Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris : Le Robert, 2001, « utiliser ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2001] J.Q. n° 4705 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [2001] R.J.D.T. 607, [2001] J.Q. n° 265 (QL). Pourvoi accueilli.

Robert Bonhomme, Louis Leclerc et Richard Gaudreault, pour l'appelante.

Michel Morissette, pour l'intimée.

English version of the judgment of the Court delivered by

¹ GONTHIER J. — Following a protracted labour dispute with certain unionized employees, the appellant, Société de la Place des Arts de Montréal (“SPA”), quit providing technical services to its tenants. Henceforth, the tenants would provide these services for themselves. The respondent, the International Alliance of Theatrical Stage Employees, Moving Picture Technicians, Artists and Allied Crafts of the United States, its Territories and Canada, Stage Local 56 (“Union”), brought proceedings against the SPA for infringement of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 (“Code”). The Union was successful before the Quebec Labour Tribunal. The Tribunal’s decision was upheld on appeal.

² The SPA persisted in its previous conduct. The Union therefore sought an injunction in Superior Court to prevent the SPA from continuing to violate (as the Union saw it) the Code. The Superior Court granted the injunction ([2001] R.J.D.T. 607) and was upheld by the Court of Appeal for Quebec ([2001] Q.J. No. 4705 (QL)). The case before us is an appeal from that decision. For the reasons that follow I find that there was no violation of the Code and that the injunction should be vacated. I would allow the appeal.

I. Facts

³ The appellant, the SPA, was created by Act of the National Assembly. The SPA’s original legislation described its purposes as “to manage the Place des Arts de Montréal and to present, stage and produce performances”: *Act respecting the Société de la Place des Arts de Montréal*, S.Q. 1982, c. 9, s. 20. However, for some time now the SPA has withdrawn from the production of performances. The SPA’s current legislation more accurately describes its objects and activities:

20. The objects of the Société are to operate a business for the diffusion of the performing arts, and to administer the Place des Arts de Montréal and any other establishment whose management is entrusted to it by the Government.

The activities of the Société shall be conducted, more specifically, so as to provide a residence for major artistic

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — À la suite d’un long conflit de travail avec certains employés syndiqués, l’appelante, la Société de la Place des Arts de Montréal (« SPA »), a cessé la prestation à ses locataires de services techniques, ceux-ci devenant la responsabilité des locataires. L’intimée, l’Alliance internationale des employés de scène, de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène numéro 56 (« Syndicat »), a intenté un recours contre la SPA pour manquement au *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 (« Code »). Le Tribunal du travail du Québec lui a donné gain de cause. Sa décision a été confirmée en appel.

La SPA a continué d’agir de la même manière. Le Syndicat a donc déposé une requête en injonction en Cour supérieure afin de faire cesser ce qu’il estimait être une violation du Code par la SPA. La Cour supérieure a accordé l’injonction ([2001] R.J.D.T. 607), laquelle a été maintenue par la Cour d’appel du Québec ([2001] J.Q. n° 4705 (QL)). Nous sommes à présent saisis de l’appel de cette décision. Pour les motifs qui suivent, j’estime qu’il n’y a pas eu violation du Code et que l’injonction devrait être annulée. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

I. Faits

L’appelante, la SPA, a été créée par une loi de l’Assemblée nationale. Aux termes de cette loi, la SPA avait pour fonctions « d’administrer la Place des Arts de Montréal ainsi que de présenter, monter et produire des spectacles » : *Loi sur la Société de la Place des Arts de Montréal*, L.Q. 1982, ch. 9, art. 20. Cependant, depuis un certain temps déjà, la SPA ne produit plus de spectacles. La loi qui la régit actuellement décrit plus précisément ses fonctions et activités :

20. La Société a pour objets d’exploiter une entreprise de diffusion des arts de la scène et d’administrer la Place des Arts de Montréal ou tout autre établissement dont le gouvernement lui confie la gestion.

Ces activités ont particulièrement pour but de procurer un lieu de résidence aux organismes artistiques majeurs,

organizations, improve access to the various types of performing arts, and promote arts and culture in Québec.

(An Act respecting the Société de la Place des Arts de Montréal, R.S.Q., c. S-11.03)

The respondent Union is an accredited union representing all SPA salaried stage technicians performing duties related to the handling, installation and repairing of set decor as well as the operation of electric, electronic and mechanical equipment during performances.

The five *mis en cause*, the Compagnie Jean Duceppe, L'Opéra de Montréal, Les Grands Ballets Canadiens de Montréal, the Orchestre symphonique de Montréal and the Festival International de Jazz de Montréal Inc. ("Tenants"), are all permanent tenants of the Place des Arts. Each is bound by a lease that sets out the terms and conditions for renting the SPA's halls and equipment. Apart from these permanent tenants, the SPA also hires out its facilities on a temporary basis for single-night or limited-run performances.

The collective agreement between the SPA and the Union provided that the SPA would only employ stage technicians provided by the Union and that all set - or stage-related work in its halls would be performed by Union technicians. Likewise, the leases between the SPA and the Tenants provided that the Tenants would only use Union technicians and that they would reimburse the SPA for the salaries payable to them.

The collective agreement expired on February 28, 1999. Negotiations for its renewal failed and the Union went on strike on June 22, 1999. For a few months, the SPA called upon its management staff to perform the services ordinarily provided by Union technicians. Then, on November 8, 1999, the SPA's board of directors approved a resolution ("Resolution") declaring its definitive intent to quit offering and providing stage technician services to its Tenants and to amend the Tenants' leases accordingly. The SPA carried out the Resolution and

de favoriser l'accessibilité aux diverses formes d'art de la scène et de promouvoir la vie artistique et culturelle au Québec.

(Loi sur la Société de la Place des Arts de Montréal, L.R.Q., ch. S-11.03)

Syndicat accrédité, l'intimée représente tous les techniciens de scène salariés de la SPA affectés à la manipulation, à l'installation ou à la réparation de tous décors, ainsi qu'à l'opération de tout équipement de scène électrique, électronique ou mécanique au cours d'un spectacle.

Les cinq sociétés mises en cause, soit la Compagnie Jean Duceppe, L'Opéra de Montréal, Les Grands Ballets Canadiens de Montréal, l'Orchestre symphonique de Montréal et le Festival International de Jazz de Montréal Inc. (« locataires »), logent en permanence à la Place des Arts. Elles sont toutes liées par des baux énonçant les modalités de location des salles et de l'équipement de la SPA. Outre ces locataires permanents, la SPA loue également ses locaux sur une base temporaire pour des spectacles d'un soir ou à représentations limitées.

Selon la convention collective entre la SPA et le Syndicat, la SPA ne devait employer que des techniciens de scène fournis par ce dernier et tout travail de scène dans ses salles devait être accompli par des techniciens membres du Syndicat. De même, les baux liant la SPA aux locataires prévoient que ceux-ci devaient recourir exclusivement aux services des techniciens membres du Syndicat et rembourser à la SPA les salaires qui leur auront été versés.

La convention collective échoit le 28 février 1999. Les négociations en vue de son renouvellement ayant échoué, le Syndicat déclenche la grève le 22 juin 1999. Pendant quelques mois, la SPA fait appel à ses employés-cadres pour la prestation des services habituellement fournis par les techniciens membres du Syndicat. Puis, le 8 novembre 1999, le conseil d'administration de la SPA adopte une résolution (« résolution ») par laquelle il communique son intention définitive de cesser d'offrir et de fournir à ses locataires les services de

amended the Tenants' leases, leaving them to hire their own stage technicians from that point forward.

8 The Union brought proceedings against the SPA under the Code. On March 22, 2000, the SPA was found guilty of contravening s. 109.1(b) of the Code, which prohibits every employer from "utilizing, in the establishment where [a] strike or lock-out has been declared, the services of a person employed by another employer or the services of another contractor to discharge the duties of an employee who is a member of the bargaining unit on strike or locked out". The SPA was fined \$500. This judgment was upheld on appeal to the Superior Court on December 19, 2000 ([2000] Q.J. No. 5794 (QL)). Leave to appeal this judgment was refused by the Court of Appeal on December 28, 2000 ([2000] Q.J. No. 5754 (QL)).

9 The SPA paid the fine but did not amend its conduct. The Union therefore sought an injunction from the Superior Court of Quebec to prohibit the SPA from (a) using the services of stage technicians employed by the Tenants to perform the work of its striking members, and (b) permitting persons other than its management from using its equipment for productions. In a decision released on January 25, 2001, Normand J. agreed with the Union that the SPA was in violation of s. 109.1(b) of the Code and granted the injunction. His order was upheld on appeal to the Court of Appeal for Quebec, Mailhot J.A. dissenting. The SPA now appeals to this Court.

10 In order to comply with the injunction granted by Normand J., the SPA rescinded the Resolution and came to an agreement with the Union, all the while reserving its right to appeal Normand J.'s order. For simplicity, I refer to the period between November 8, 1999 and January 25, 2001 — during which time the Resolution was in effect and the Tenants hired their own technicians — as the "Disputed Period".

techniciens de scène, et de modifier en conséquence les baux des locataires. La SPA applique sa résolution et modifie les baux des locataires, qui doivent désormais embaucher leurs propres techniciens de scène.

Le Syndicat intente un recours contre la SPA sous le régime du Code. Le 22 mars 2000, la SPA est déclarée coupable d'avoir contrevenu à l'al. 109.1b) du Code, qui interdit à un employeur « d'utiliser, dans l'établissement où la grève ou le lock-out a été déclaré, les services d'une personne à l'emploi d'un autre employeur ou ceux d'un entrepreneur pour remplir les fonctions d'un salarié faisant partie de l'unité de négociation en grève ou en lock-out ». La SPA reçoit une amende de 500 \$. Le 19 décembre 2000, la Cour supérieure confirme ce jugement en appel ([2000] J.Q. n° 5794 (QL)). Le 28 décembre 2000, la Cour d'appel refuse l'autorisation d'en appeler ([2000] J.Q. n° 5754 (QL)).

La SPA paie l'amende sans pour autant changer son comportement. Le Syndicat s'adresse donc à la Cour supérieure du Québec pour obtenir une injonction interdisant à la SPA a) d'utiliser les services des techniciens de scène engagés par les locataires pour remplir les fonctions des grévistes et b) de permettre à des personnes autres que ses cadres d'utiliser son équipement pour la production de spectacles. Dans sa décision du 25 janvier 2001, le juge Normand convient avec le Syndicat que la SPA a enfreint l'al. 109.1b) du Code et il accueille la demande d'injonction. Son ordonnance est confirmée en appel devant la Cour d'appel du Québec, la juge Mailhot étant dissidente. La SPA se pourvoit aujourd'hui devant la Cour.

Afin de se conformer à l'injonction accordée par le juge Normand, la SPA a résilié la résolution et s'est entendue avec le Syndicat sous réserve de son droit d'interjeter appel de l'ordonnance du juge Normand. Par souci de commodité, je désignerai par « période en litige » celle qui s'étend du 8 novembre 1999 au 25 janvier 2001 — soit la période au cours de laquelle la résolution était en vigueur et où les locataires embauchaient leurs propres techniciens.

II. Analysis

A. *Alleged Abuse of Process and Standard of Review*

As I have explained, two separate adjudicative bodies have held the SPA to be in breach of s. 109.1(b) of the Code: the Labour Tribunal and the Superior Court. The Labour Tribunal came to this conclusion in the course of quasi-criminal proceedings. The Superior Court came to this same result in response to the Union's injunction application.

The Union submits that, in defending itself against the allegation that it has violated s. 109.1(b) of the Code, the SPA sought, and continues to seek, to relitigate a matter already decided by the Labour Tribunal. The Union describes this as circumventing that tribunal, and submits that Normand J., before whom the injunction application was heard in Superior Court, owed deference to the Labour Tribunal's finding that the SPA broke the law. In short, the Union alleges that the SPA's defence is an abuse of process. In my view, this submission misconceives both the nature of the application before Normand J. and the nature of the ensuing appeals.

When he heard the injunction application, Normand J. was not sitting in judicial or appellate review of the Labour Tribunal. Rather, he sat as a court of first instance hearing an application that the Labour Tribunal could not have heard, namely an application for injunctive relief under arts. 751 et seq. of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. The power of the Quebec Superior Court to grant injunctions rests on statutory footing. Yet it is a discretionary power of the sort exercised by common law jurisdictions in equity: *Côté v. Morgan* (1881), 7 S.C.R. 1; *Trudel v. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 S.C.R. 236, at p. 246, *per* Pigeon J. In Quebec as elsewhere, it is an exceptional and discretionary form of relief. The court will not grant an injunction under arts. 751 et seq. simply because the applicant is strictly entitled to one. The applicant must also demonstrate that the circumstances warrant such a potentially intrusive remedy, and that he is

II. Analyse

A. *Allégation d'abus de procédure et norme de contrôle*

Comme je l'ai dit, deux organismes juridictionnels distincts ont conclu au manquement de la SPA à l'al. 109.1b) du Code : le Tribunal du travail et la Cour supérieure. Le Tribunal du travail est arrivé à cette conclusion dans le cadre de procédures quasi pénales. Saisie de la demande d'injonction du Syndicat, la Cour supérieure est parvenue au même résultat.

Le Syndicat soutient que, dans sa défense contre l'allégation de manquement à l'al. 109.1b) du Code, la SPA a cherché et cherche toujours à débattre de nouveau une question déjà tranchée par le Tribunal du travail. Il prétend qu'il s'agit là d'une manière de contourner ce tribunal et plaide que le juge Normand, qui a entendu la demande d'injonction en Cour supérieure, devait faire preuve de retenue à l'égard de la conclusion du Tribunal du travail selon laquelle la SPA avait enfreint la loi. Bref, il allègue que la défense opposée par la SPA constitue un abus de procédure. À mon sens, cette prétention est erronée tant du point de vue de la nature de la demande dont le juge Normand était saisi que de celle des appels subséquents.

Lorsqu'il a entendu la demande d'injonction, le juge Normand ne siégeait pas en contrôle judiciaire ni en appel du Tribunal du travail. Il siégeait plutôt comme juge de première instance saisi d'une demande qui n'était pas du ressort du Tribunal du travail, à savoir une demande d'injonction fondée sur l'art. 751 et suiv. du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. Le pouvoir de la Cour supérieure du Québec d'accorder une injonction est prévu par la loi. Mais, il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du genre de celui exercé en equity dans les juridictions de common law : *Côté c. Morgan* (1881), 7 R.C.S. 1; *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236, p. 246, le juge Pigeon. Au Québec comme ailleurs, l'injonction constitue une forme exceptionnelle et discrétionnaire de réparation. Le tribunal ne décernera pas une injonction en vertu de l'art. 751 et suiv. simplement parce que le demandeur y a droit en principe. Celui-ci doit en outre démontrer que les

11

12

13

deserving of it. See, e.g., *Société de développement de la Baie James v. Kanatewat*, [1975] C.A. 166, at p. 183. The intrusiveness of injunctive relief derives in part from its prospective effect. Rather than sanctioning a person for past misconduct (as the fine awarded against the SPA by the Labour Tribunal did), an injunction forbids the enjoined person from engaging in future conduct on pain of being found in contempt of court. It is no exaggeration to say that injunctive relief amounts to a judicially imposed restraint on the liberty of the person against whom it is ordered. In saying this I should not be taken to deny or put in doubt the appropriateness of injunctive relief in proper cases.

14 In short, an injunction is an extraordinary remedy available in Quebec only from the Superior Court. In deciding whether to grant the Union's application, Normand J. was called upon to consider both the availability of injunctive relief as a matter of law and the advisability of granting such an intrusive remedy in the circumstances of the case. These considerations are within the exclusive province of the Superior Court (subject always to appellate review). It is therefore quite wrong for the Union to suggest that Normand J. ought to have deferred to the decision of the Labour Tribunal and that the SPA ought not to have defended itself against the Union's application. For Normand J. simply to conclude that the Labour Tribunal's finding was reasonable, and that injunctive relief was therefore available, would be an abnegation of his judicial responsibility. In effect, Normand J. would be guilty of delegating determination of the legal question before him to a body not empowered for that purpose. If the National Assembly has declined to grant the Labour Tribunal jurisdiction to grant injunctive relief, that is presumably because it accepts that such relief remain the preserve of the Superior Court. That court must therefore come to its own conclusions. This is what Normand J. did.

15 Just as Normand J. had to determine for himself, independently of the Labour Tribunal's finding, whether the SPA was in violation of s. 109.1(b) of

circonstances justifient l'octroi d'une telle réparation potentiellement contraignante et qu'il mérite pareille réparation. Voir, p. ex., *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166, p. 183. Le caractère contraignant de l'injonction tient en partie aux effets qu'elle entraîne pour l'avenir. Plutôt que de la sanctionner pour son inconduite antérieure (comme l'amende infligée à la SPA par le Tribunal du travail), l'injonction interdit à la personne visée d'adopter une conduite future sous peine d'outrage au tribunal. Sans exagérer, on peut dire que la personne visée par une injonction voit sa liberté restreinte par le tribunal. Cela dit, l'objet de mon propos n'est pas de refuser de reconnaître ni de mettre en doute le bien-fondé de l'injonction lorsque la situation s'y prête.

Somme toute, l'injonction est un recours extraordinaire qui ne peut être accordé au Québec que par la Cour supérieure. Pour trancher la demande du Syndicat, le juge Normand a dû se demander si les conditions légales donnant ouverture à l'injonction étaient réunies et examiner l'opportunité d'accorder une réparation aussi contraignante eu égard aux faits de l'espèce. Ces considérations sont du ressort exclusif de la Cour supérieure (toujours sous réserve d'un recours en appel). Le Syndicat a donc tort de prétendre que le juge Normand aurait dû s'en remettre à la décision du Tribunal du travail et que la SPA n'aurait pas dû opposer une défense à sa demande. Si le juge Normand avait simplement décidé que la conclusion du Tribunal du travail était raisonnable et qu'il lui était donc loisible d'accorder une injonction, il se serait soustrait à ses responsabilités judiciaires. En somme, le juge Normand aurait ainsi délégué à un organisme non habilité à cette fin le soin de trancher une question de droit dont il a été saisi. Si l'Assemblée nationale s'est abstenu de conférer au Tribunal du travail le pouvoir d'accorder une injonction, c'est sans doute parce qu'elle accepte que cette réparation relève de la Cour supérieure. Ce tribunal doit par conséquent établir ses propres conclusions. C'est ce qu'a fait le juge Normand.

Tout comme le juge Normand a dû, abstraction faite de la conclusion du Tribunal du travail, déterminer lui-même si la SPA a enfreint l'al. 109.1b)

the Code, the Court of Appeal and now this Court must do the same. That is precisely what the Court of Appeal did and what this Court will do. No deference should be shown to the Labour Tribunal in this case. Our task is to determine, on the correctness standard applicable on appeal from all legal determinations by lower courts (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 8), whether the SPA has indeed violated the Code. While I consider that Normand J. and the majority of the Court of Appeal erred on this question, they were quite right to reject the approach urged by the Union and decide the matter for themselves.

It is therefore not an abuse of process for the SPA to defend itself in this action by denying that it has breached the Code. The abuse of process doctrine has recently been considered by this Court in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63. Speaking for the majority of the Court, Arbour J. explained (at para. 43):

In all of its applications, the primary focus of the doctrine of abuse of process is the integrity of the adjudicative functions of courts. Whether it serves to disentitle the Crown from proceeding because of undue delays . . . or whether it prevents a civil party from using the courts for an improper purpose . . . the focus is less on the interest of parties and more on the integrity of judicial decision making as a branch of the administration of justice.

This case is distinguishable from the case before Arbour J., for the relitigation involved here (to the extent that there is any) does not in any way undermine the integrity of the legal system. On the contrary, it is the Union's line of reasoning that would cast doubt on the system by requiring Superior Court judges in effect to delegate their decision-making responsibilities to others.

B. *The SPA's Technical Services Business*

Prior to the Union's strike, the SPA provided technical services to its Tenants using the Union's

du Code, la Cour d'appel — et maintenant notre Cour — doit faire de même. C'est précisément ce qu'a fait la Cour d'appel et c'est précisément ce que fera notre Cour. Il n'y a pas lieu en l'espèce de faire montre de retenue envers le Tribunal du travail. Notre tâche est de décider, sur le fondement de la norme de la décision correcte applicable en appel aux conclusions sur les questions de droit des juridictions inférieures (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 8), si la SPA a vraiment contrevenu au Code. Bien que le juge Normand et les juges majoritaires de la Cour d'appel aient à mon avis erré dans leur conclusion, ils ont eu tout à fait raison de rejeter la démarche pronée par le Syndicat et de trancher eux-mêmes la question.

Le fait pour la SPA de se défendre dans la présente action en niant avoir enfreint le Code ne constitue donc pas un abus de procédure. La doctrine de l'abus de procédure a récemment été examinée par la Cour dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63. Au nom de la majorité, la juge Arbour explique (par. 43) :

Dans tous ses cas d'application, la doctrine de l'abus de procédure vise essentiellement à préserver l'intégrité de la fonction judiciaire. Qu'elle ait pour effet de priver le ministère public du droit de continuer la poursuite à cause de délais inacceptables [. . .], ou d'empêcher une partie civile de faire appel aux tribunaux à mauvais escient [. . .], l'accent est mis davantage sur l'intégrité du processus décisionnel judiciaire comme fonction de l'administration de la justice que sur l'intérêt des parties.

Le présent pourvoi se distingue de l'affaire dont la juge Arbour était saisie en ce que la remise en cause de la question en l'espèce (le cas échéant) ne mine d'aucune manière l'intégrité du système judiciaire. Au contraire, c'est le raisonnement adopté par le Syndicat qui ne respecterait pas le système en incitant les juges de la Cour supérieure à déléguer en somme leurs responsabilités décisionnelles à d'autres instances.

B. *L'entreprise de prestation des services techniques de la SPA*

Avant le déclenchement de la grève, la SPA fournit des services techniques à ses locataires par

stage technicians. When the Union went on strike on June 22, 1999, its collective agreement with the SPA terminated. This was the effect of clause 20.01 of the agreement and s. 59 of the Code. Released from this obligation, the SPA's directors approved the Resolution and carried through with it, leaving the Tenants responsible for hiring their own stage technicians.

18 The Union submits that this Court should characterize the state of affairs prevailing at the Place des Arts during the Disputed Period in a holistic manner. The Union relies on *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and other cases arising from s. 45 of the Code, which have held that an undertaking must be understood "as a whole" and "not solely in terms of the duties performed by employees" (*Bibeault*, at pp. 1104-5). This is sometimes described as the "concrete" or "organic" approach to the meaning of "undertaking" in s. 45. See, e.g., R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories* (4th ed. 1999), at p. 329.

19 A similar approach was adopted by the courts below. Normand J. put the matter thus (at para. 38):

[TRANSLATION] S.P.A.'s business is not limited to providing performance halls. It is a composite whole where, through the performances presented at the Complexe, irrespective of the producer, S.P.A. fulfills its mandate to promote the performing arts and to operate its facilities. These include props that are indispensable and practicable only with the services of the stage technicians. If S.P.A. can host the performance, it can carry on its business activities. Otherwise, paralysis sets in and, in the long term, suffocation. In other words, S.P.A. is linked to its tenants by an umbilical cord.

In the Court of Appeal, Thibault J.A. adopted a similar analysis. In her words (at para. 113): [TRANSLATION] "In fact, [SPA] allowed its tenants to hire personnel to offset the inconveniences brought about by the strike and because it was unable to agree on working conditions with the Alliance."

20 I must respectfully disagree. In my view, the approach adopted in the courts below effectively

l'entremise des techniciens de scène membres du Syndicat. Lorsque celui-ci a déclenché la grève, le 22 juin 1999, la convention collective qui le liait à la SPA avait pris fin selon ce que prévoyaient la clause 20.01 de la convention et l'art. 59 du Code. Libérés de cette obligation, les administrateurs de la SPA ont adopté la résolution et y ont donné suite, obligeant ainsi les locataires à embaucher leurs propres techniciens de scène.

Le Syndicat prétend que la Cour devrait caractériser de manière globale l'état de la situation qui avait cours à la Place des Arts durant la période en litige. Il invoque l'affaire *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, ainsi que d'autres décisions issues de l'art. 45 du Code établissant qu'une entreprise doit être envisagée « dans sa globalité » et « non par rapport aux seules tâches exercées par des salariés » (*Bibeault*, p. 1105). On dit parfois qu'il s'agit de l'approche « concrète » ou « organique » de la notion d'« entreprise » prévue à l'art. 45. Voir, p. ex., R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories* (4^e éd. 1999), p. 329.

Les jugements dont nous sommes saisis ont adopté une démarche similaire. Le juge Normand expose (par. 38) :

L'entreprise de S.P.A., ne se limite pas à une pure fourniturer de salles de spectacle. C'est un ensemble composite où par les spectacles donnés au complexe, quel que soit le producteur, S.P.A. accomplit son mandat de diffuser les arts de la scène et exploite ses installations. Celles-ci incluent les accessoires aux spectacles, lesquels leur sont indispensables au même titre que ceux-ci ne sont matériellement possibles que grâce au service de technicien [sic] de scène. Si les spectacles ont lieu chez elle, S.P.A. peut exercer ses activités d'entreprise. Dans le cas contraire, c'est la paralysie; à long terme, l'asphyxie. C'est dire que S.P.A. n'est pas sans lien ombilical avec ses locataires.

En Cour d'appel, la juge Thibault a souscrit à une analyse similaire. Elle dit (par. 113) : « En effet, [la SPA] a permis à ses locataires d'engager du personnel pour pallier les inconvénients qu'entraînait la grève et parce qu'elle n'a pas réussi à convenir de conditions de travail avec l'Alliance. »

En toute déférence, je suis en désaccord. À mon sens, en préconisant cette approche, ces décisions

conflates the SPA and its Tenants into a single undertaking whose acts are attributable solely to the SPA. This analysis risks losing sight of the fact that the SPA and its Tenants are distinct legal persons. The various activities of the SPA and its Tenants are economically interdependent, yet they remain activities engaged in by several juridically distinct entities. Likewise, the economic risks assumed by these entities, and the benefits gained by them, are attributable to each entity individually according to the tasks each undertakes and the business choices each has made. While a functional, rather than formalistic, approach is undoubtedly desirable in labour law matters, one must not take this approach so far as to ignore the actual legal and economic structure of complex organizations like the Place des Arts.

Nor do I find Beetz J.'s discussion in *Bibeault* to be helpful to the Union. In describing businesses as he did, Beetz J. was interpreting s. 45 of the Code, and in particular that section's use of the term "undertaking". Under s. 45, collective agreements and certification proceedings survive the alienation or operation by another of an undertaking, and the new employer is bound by the certification or collective agreement as if it were named therein. The Union has not sought to invoke s. 45 of the Code against the Tenants, and both the SPA and the Tenants argued in the court below that s. 45 has no application here. Our concern in this case is not with the meaning of s. 45 but with the more general question of what limits apply to an enterprise's right to go out of business — a question not before Beetz J. in *Bibeault*. In my view, there is nothing in s. 45 or elsewhere in the Code that prevents the SPA from restructuring its business and abandoning the provision of technical services to its Tenants.

The Union also relies on its accreditation certificate (sometimes referred to in English, redundantly, as the "certificate of certification"), noting that it covers any production that takes place at the

confondent dans les faits la SPA et ses locataires, les assimilant à une seule entreprise dont les actes ne sont imputables qu'à la SPA. Cette analyse risque de ne pas tenir compte du fait que la SPA et ses locataires forment deux entités juridiques distinctes. Quoique les diverses activités menées par la SPA et ses locataires soient financièrement interdépendantes, il n'en demeure pas moins que ce sont des activités exercées par plusieurs entités juridiques distinctes. De même, ces entités supportent les risques économiques et en tirent des bénéfices de manière individuelle en fonction des tâches qu'elles entreprennent et des choix commerciaux qu'elles font. S'il est sans doute souhaitable d'adopter une approche fonctionnelle plutôt que formaliste en droit du travail, cette approche ne doit pas aller jusqu'à occulter la structure juridique et économique réelle d'organisations aussi complexes que la Place des Arts.

L'analyse du juge Beetz dans *Bibeault* ne m'apparaît pas non plus être d'un quelconque secours au Syndicat. En décrivant les entreprises comme il l'a fait, le juge Beetz interprétait l'art. 45 du Code et plus particulièrement le terme « entreprise » inséré dans cette disposition. Sous le régime de l'art. 45, les conventions collectives et les procédures d'accréditation demeurent malgré l'aliénation ou la concession d'entreprise, et le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective comme s'il y était nommé. Le Syndicat n'a pas tenté d'opposer l'art. 45 du Code aux locataires, et la SPA et les locataires ont tous soutenu à tous les niveaux que l'art. 45 ne s'appliquait pas en l'espèce. Nous ne nous intéressons pas ici au sens que revêt l'art. 45, mais bien à la question plus large des limites au droit d'une entreprise de cesser ses activités — une question dont le juge Beetz n'était pas saisi dans *Bibeault*. À mon avis, rien dans l'art. 45 — ni aucune autre disposition du Code — n'empêchait la SPA de restructurer son entreprise et de laisser à la charge de ses locataires la prestation des services techniques.

Le Syndicat se fonde également sur son certificat d'accréditation (parfois appelé de façon redondante *certificate of certification* en anglais) en soulignant que celui-ci vise toute production qui a lieu à la

Place des Arts, whether the technicians involved work for the SPA or its Tenants. One need only read that certificate to find the error in this submission. While the Union's members are described partly in terms of where they work (e.g., on the stage or in the orchestra pit), they are also identified as being in the employ of the SPA. When the tasks described in the accreditation certificate are executed on behalf of an employer other than the SPA (e.g., the Tenants), the accreditation does not apply. The exception to this rule, of course, is where s. 45 applies. I note again that no application under s. 45 has been made.

- 23 Counsel for the Union admitted in argument before us that, according to the analysis it proposes, the SPA would never be able to shut down the technical service portion of its business without going out of business entirely. The SPA's well-established right to terminate part of its business (which I discuss below) would be wholly defeated by such an approach.

C. *The Meaning of "Utilizing" in Section 109.1(b) of the Code*

- 24 The Union submits that the SPA is utilizing the services of persons employed by another employer contrary to s. 109.1(b) of the Code. That section reads:

109.1. For the duration of a strike declared in accordance with this Code or a lock-out, every employer is prohibited from

(b) utilizing, in the establishment where the strike or lock-out has been declared, the services of a person employed by another employer or the services of another contractor to discharge the duties of an employee who is a member of the bargaining unit on strike or locked out;

- 25 The Union argues that the word "utilizing" in s. 109.1(b) of the Code is broad enough to cover the facts of this case, in which the SPA benefits indirectly from the services of stage technicians employed by the Tenants. "Utilizing" is not defined in the Code.

Place des Arts, que les techniciens concernés soient employés par la SPA ou par ses locataires. L'erreur dans cette affirmation paraît à la seule lecture du certificat. Bien qu'ils soient désignés en partie selon leur lieu de travail (par ex. sur la scène ou dans la fosse d'orchestre), les membres du Syndicat sont aussi décrits comme étant employés par la SPA. Lorsqu'ils accomplissent les tâches prévues au certificat d'accréditation pour le compte d'un employeur autre que la SPA (p. ex. les locataires), ils ne sont pas visés par l'accréditation. Il va sans dire que les cas d'application de l'art. 45 constituent l'exception à cette règle. Encore une fois, je fais remarquer qu'aucune demande fondée sur l'art. 45 n'a été présentée.

L'avocat du Syndicat a admis en plaidoirie devant la Cour que, selon l'analyse qu'il propose, la SPA ne pourrait jamais cesser d'exploiter la facette des services techniques de son entreprise sans cesser complètement ses activités. Cette approche ferait entièrement échec au droit bien établi de la SPA de cesser une partie de ses activités (que j'aborde à présent).

C. *Le sens du mot « utiliser » à l'al. 109.1b) du Code*

Le Syndicat prétend que la SPA utilise les services de personnes travaillant pour un autre employeur, et ce, à l'encontre de l'al. 109.1b) du Code. Cette disposition est libellée en ces termes :

109.1. Pendant la durée d'une grève déclarée conformément au présent code ou d'un lock-out, il est interdit à un employeur:

b) d'utiliser, dans l'établissement où la grève ou le lock-out a été déclaré, les services d'une personne à l'emploi d'un autre employeur ou ceux d'un entrepreneur pour remplir les fonctions d'un salarié faisant partie de l'unité de négociation en grève ou en lock-out;

Le Syndicat soutient que le mot « utiliser » à l'al. 109.1b) du Code a un sens suffisamment large pour couvrir les faits de l'espèce, où la SPA bénéficie indirectement des services des techniciens de scène employés par les locataires. Le mot « utiliser » n'est

The *Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001) defines “utiliser” as follows:

[TRANSLATION] 1. Make useful, for a particular purpose (which was not necessarily or specifically envisaged). . . . 2. Employ. . . .

Similarly, the *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995) defines “utilize” as “make practical use of” and “use”, in its transitive sense, as “cause to act or serve for a purpose; bring into service; avail oneself of”.

It is clear that the SPA no longer actively employed stage technicians during the Disputed Period. That was the effect of its Resolution to shut down the technical services part of its business. It is also clear that the SPA indirectly benefited, in the Disputed Period, from the services of stage technicians engaged by the Tenants. Without those technicians the Tenants would have been unable to mount their productions, and without those productions the SPA would not have drawn revenue either from the Tenants themselves (in the form of rent) or from the Tenants’ audiences (who patronize the SPA’s bars and concessions before and after performances and at intermissions). The same can be said of the performers, authors, composers and directors who use the SPA’s facilities: the SPA indirectly benefits from their work, for without it the SPA would have no reason to exist. The question is whether such an indirect benefit amounts to utilizing the services of a person employed by another for the purposes of s. 109.1(b) of the Code.

In my view it does not. I agree with the SPA that the dictionary definitions quoted above indicate that to utilize involves a positive act by the user. The language and context of s. 109.1(b) are consistent with this usage. She who merely passively benefits from a given state of affairs does not utilize anything. The SPA cannot be said to be utilizing the services of stage technicians employed by the Tenants within the meaning of s. 109.1(b). The benefit that the SPA draws from its Tenants’ business operations is not, in my view, what the legislature intended to

pas défini dans le Code. *Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001), en donne la définition suivante :

1. Rendre utile, faire servir à une fin précise (ce qui n’y était pas nécessairement ou spécialement destiné) . . . 2. Employer . . .

De manière analogue, le *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9^e éd. 1995), définit « utilize » comme le fait de [TRADUCTION] « employer utilement » et « use », sous sa forme transitive, comme [TRADUCTION] « faire agir ou faire servir à une fin; faire fonctionner; recourir à ».

La SPA a manifestement cessé de recourir de façon active aux techniciens de scène au cours de la période en litige. C’est la conséquence découlant de la résolution qu’elle a prise de cesser d’exploiter la facette des services techniques de son entreprise. Il est tout aussi manifeste qu’au cours de la période en litige, la SPA a bénéficié indirectement des services des techniciens de scène embauchés par les locataires. Sans ces techniciens, les locataires n’auraient pu monter leurs productions; sans ces productions, la SPA n’aurait pu tirer de revenus soit des locataires mêmes (sous forme de loyer), soit du public des locataires (qui fréquente les bars et concessions de la SPA avant et après les spectacles, ainsi que durant les entractes). Il en va de même pour les artistes, auteurs, compositeurs et metteurs en scène qui utilisent les locaux de la SPA : la SPA bénéficie indirectement de leur travail, car autrement elle n’aurait pas sa raison d’être. Il faut se demander si, pour l’application de l’al. 109.1b) du Code, ce bénéfice indirect équivaut à l’utilisation des services d’une personne à l’emploi d’un autre employeur.

À mon avis, ce n’est pas le cas. Je conviens avec la SPA que, d’après les définitions précédentes tirées du dictionnaire, le verbe « utiliser » connote l’idée d’un acte positif par l’utilisateur. Le libellé et le contexte de l’al. 109.1b) sont compatibles avec cette interprétation. Quiconque ne bénéficie que passivement d’une situation donnée n’utilise rien. On ne peut affirmer que la SPA utilise, au sens de l’al. 109.1b), les services des techniciens de scène à l’emploi des locataires. Le bénéfice que tire la SPA des activités commerciales de ses locataires ne

capture with the word “utilizing” in s. 109.1(b). See, e.g., *Syndicat des techniciens d'Hydro-Québec, section locale 957 (S.C.F.P.-F.T.Q.) v. Hydro-Québec*, D.T.E. 92T-90 (L.C.).

- 28 There is another consideration to bear in mind when interpreting s. 109.1(b), namely the right of enterprises governed by the Code to go out of business, either completely or in part. This right is clearly established in Quebec law. It is enjoyed equally by unionized and non-unionized enterprises. The leading case is *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22, at p. 26, in which Judge Lesage made the following observations:

[TRANSLATION] In our free enterprise system, there is no legislation to oblige an employer to remain in business and to regulate his subjective reasons in this respect If an employer, for whatever reason, decides as a result to actually close up shop, the dismissals which follow are the result of ceasing operations, which is a valid economic reason not to hire personnel, even if the cessation is based on socially reprehensible considerations. What is prohibited is to dismiss employees engaged in union activities, not to definitively close a business because one does not want to deal with a union or because a union cannot be broken, even if the secondary effect of this is employee dismissal. [Emphasis omitted.]

I respectfully agree with Judge Lesage’s account. See also *Caya v. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242 (L.C.); *Syndicat des employés de salaisons de Princeville Inc. v. Coopérative fédérée de Québec (succursale de Princeville)*, [1976] R.D.T. 89 (Sup. Ct.).

- 29 The Union acknowledges the general right of enterprises to go out of business, but argues that the SPA did not in fact do so during the Disputed Period, or did not do so in a *bona fide* manner. As the Union rightly notes, courts and tribunals must carefully scrutinize the facts of each case to make sure that the decision to close up shop is genuine and not merely a strike-breaking ruse. I again adopt the words of Judge Lesage in *City Buick Pontiac, supra*, at p. 26:

correspond pas, à mon avis, à ce que le législateur entendait par le mot « utiliser » à l’al. 109.1b). Voir, p. ex., *Syndicat des techniciens d'Hydro-Québec, section locale 957 (S.C.F.P.-F.T.Q.) c. Hydro-Québec*, D.T.E. 92T-90 (T.T.).

Dans l’interprétation de l’al. 109.1b), on doit également avoir à l’esprit le droit des entreprises régies par le Code de cesser leurs activités en tout ou en partie. Ce droit leur est clairement conféré en droit québécois. Les entreprises syndiquées et non syndiquées en jouissent également. Dans l’arrêt de principe en la matière, *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22, p. 26, le juge Lesage a formulé les commentaires suivants :

Dans notre système d’économie libérale, il n’existe aucune législation obligeant un employeur à demeurer en affaire et règlementant (*sic*) ses motifs subjectifs à cet égard. [. . .] Si un employeur, pour quelque raison que ce soit, décide par conséquent de véritablement fermer boutique, les congédiements auxquels il procède sont causés par la cessation des activités, ce qui est une raison économique valable de ne pas engager de personnel, même si cette cessation est mue par des motifs condamnables socialement. Ce qui est interdit, c’est de congédier des salariés qui font des activités syndicales, ce n’est pas fermer définitivement une entreprise parce qu’on ne veut pas transiger avec un syndicat ou qu’on ne peut lui briser les reins, même si cela a pour effet secondaire de congédier les salariés. [Italique omis.]

Je fais miens les propos du juge Lesage. Voir également *Caya c. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242 (T.T.); *Syndicat des employés de salaisons de Princeville Inc. c. Coopérative fédérée de Québec (succursale de Princeville)*, [1976] R.D.T. 89 (C.S.).

Le Syndicat reconnaît le droit général des entreprises de cesser leurs activités, mais prétend que ce n’est pas ce qu’a fait la SPA au cours de la période en litige ou qu’elle ne l’a pas fait de bonne foi. Comme le Syndicat le souligne à juste titre, les tribunaux judiciaires et administratifs doivent examiner attentivement les faits propres à chaque espèce pour s’assurer que la décision de fermer l’entreprise est réelle et non pas simplement un subterfuge pour briser la grève. Je souscris une fois de plus aux propos qu’a tenus le juge Lesage dans *City Buick Pontiac*, précité, p. 26 :

[TRANSLATION] It is still necessary, and this is of utmost importance, that the decision to discontinue be authentic and not a simulation, merely an argument in the arsenal of methods used to overcome union demands, because it would then be a pretext and a fiction that would preclude a consideration of it independently of the reasons therefor. This would be the case if, by subterfuge, the employer continued its activities indirectly, with the assistance of others, elsewhere or in other ways or after a period of time has passed in order to keep up appearances. Any indication that it is keeping a door open to resume the same business would preclude a finding of its complete and definitive discontinuance

It is certainly with the utmost strictness that the circumstances of the decision to close must be scrutinized in order to assess its true nature [Emphasis omitted.]

The Union submits that the SPA did not meet this "genuineness" requirement enunciated by Judge Lesage because its reason for shutting down the technical services side of its business was to relieve itself of the burden imposed by the Union's strike. The Union notes that the trial judge did not believe the SPA when it argued that its resolution of November 8, 1999 to quit offering technical services to its Tenants was [TRANSLATION] "the result of a carefully considered business decision" and not a decision taken on account of the strike. The Union submits, without offering authority on the point, that the jurisprudence on the right of an employer to go out of business is premised on the employer having credible reasons of an economic nature for doing so.

I see no such limitation in the case law. On the contrary, Judge Lesage's reasons in *City Buick Pontiac*, *supra*, at p. 26, make clear that an employer may decide to close up shop [TRANSLATION] "for whatever reason . . . even if the cessation is based on socially reprehensible considerations". The facts of *City Buick Pontiac* are instructive. There, the employer freely admitted that it was closing up shop because of its inability to negotiate a satisfactory agreement with its sales staff. Faced with this bald admission of the employer's motive, Judge Lesage rightly held that it was not for the Labour Tribunal to

Encore faut-il, et c'est capital, que la décision de discontinuation soit authentique et non une simulation, un simple argument dans l'arsenal des moyens utilisés pour triompher des revendications syndicales, car ce serait alors un prétexte et une fiction qui empêcherait de la considérer séparément de ses motivations. Il en serait ainsi si, par un subterfuge, l'employeur continuait ses activités indirectement, avec l'aide d'autrui, ailleurs ou d'autres façons ou encore après l'écoulement d'un laps de temps pour sauver les apparences. Toute indication qu'il se garde une porte ouverte pour reprendre la même entreprise, empêcherait de conclure à une cessation complète et définitive de celle-ci

C'est certes avec la plus grande sévérité qu'il faut scruter les circonstances de la décision de fermeture pour en apprécier le véritable caractère [Italique omis.]

Aux dires du Syndicat, la SPA n'a pas satisfait à cette exigence d'« authenticité » énoncée par le juge Lesage puisqu'elle a cessé d'exploiter la facette des services techniques de son entreprise pour se soustraire au fardeau qu'imposait la grève. Comme le Syndicat le souligne, le juge de première instance n'a pas cru la SPA lorsqu'elle a soutenu que sa résolution datée du 8 novembre 1999, soit celle de cesser d'offrir des services techniques à ses locataires, était « le fruit d'une décision d'affaires mûrement réfléchie » et non pas une décision prise en raison de la grève. Sans étayer sa prétention, le Syndicat affirme que la jurisprudence relative au droit d'un employeur de cesser ses activités établit que celui-ci doit disposer de raisons économiques valables à l'appui de sa décision de fermer son entreprise.

À mon avis, la jurisprudence n'impose aucune restriction de cette nature. Au contraire, il ressort des motifs exposés par le juge Lesage dans *City Buick Pontiac*, précité, p. 26, qu'un employeur peut décider de fermer boutique « pour quelque raison que ce soit [...] même si cette cessation est mue par des motifs condamnables socialement ». Les faits propres à l'affaire *City Buick Pontiac* nous éclairent. Dans cette affaire, l'employeur a ouvertement admis qu'il fermait l'entreprise à défaut d'avoir pu négocier une entente satisfaisante avec le personnel des ventes. Devant ce simple aveu de

sit in judgment of the employer's reasons for shutting down but only to assure that the employer carried out that decision genuinely and did not merely engage in an elaborate sham to break the employees' strike. Returning to the case at bar, the SPA claims it had been considering getting out of the technical services business for some time. That may be so, but it is strictly beside the point. Where an employer genuinely goes out of business, its motive for doing so is not subject to review under s. 109.1(b) of the Code.

32

I am of the view that the SPA had genuinely abandoned the technical services part of its business until being forced to reverse that decision by Normand J.'s injunction. Several factors point to this conclusion. First there is the SPA's Resolution, which declared its definitive intent to quit offering and providing stage technician services to its Tenants and to amend the Tenants' leases accordingly. Next there are the lease amendments carried out in accordance with the Resolution. The actual practices of the SPA and the Tenants during the Disputed Period also support the view that the SPA had genuinely abandoned its technical services business. During that time, the SPA had nothing to do with the hiring, supervision or remuneration of stage technicians. Those responsibilities fell solely to the Tenants. Technicians hired by the Tenants worked only for the Tenant by whom they were engaged; they did no work for the SPA nor for other Tenants. They were paid directly by their employer, without SPA involvement. They were supervised exclusively by the Tenant that employed them. This is not to say that SPA had no interaction at all with the Tenants' technicians during the Disputed Period. The Union notes that SPA coordinators told technicians where to find replacement parts for broken equipment and gave them access to the SPA's inventory of equipment and supplies. When a spotlight burnt out, an SPA employee might direct a technician to the stock of new bulbs. In doing so, the SPA was simply acting as a landlord. In short, the SPA had completely withdrawn from its former

l'employeur, le juge Lesage a conclu à juste titre qu'il n'appartenait pas au Tribunal du travail de se prononcer sur les motifs ayant incité l'employeur à fermer boutique, mais de s'assurer uniquement que l'employeur a réellement décidé de fermer son entreprise et qu'il ne s'est pas simplement livré à de savants subterfuges pour briser la grève. Pour en revenir aux faits de l'espèce, la SPA prétend qu'elle songeait depuis un certain temps à mettre un terme à la prestation des services techniques. Sans doute est-ce possible, mais là n'est pas la question. Lorsqu'un employeur ferme véritablement son entreprise, le motif pour lequel il le fait n'est pas soumis à l'examen prévu à l'al. 109.1b) du Code.

J'estime que la SPA a véritablement renoncé à l'exploitation des services techniques de son entreprise jusqu'à ce que l'injonction prononcée par le juge Normand ne l'oblige à ne plus donner suite à sa décision. Plusieurs facteurs militent en faveur de cette conclusion. Il y a d'abord la résolution par laquelle la SPA affirmait son intention définitive de cesser d'offrir et de fournir les services de techniciens de scène et de modifier les baux des locataires en conséquence. Il y a ensuite les modifications qui ont été apportées aux baux conformément à la résolution. Les pratiques adoptées dans les faits par la SPA et les locataires au cours de la période en litige vont également dans le sens d'un véritable abandon par la SPA de la composante des services techniques de son entreprise. Tout au long de cette période, la SPA n'est intervenue ni dans l'embauche, ni dans la surveillance, ni dans la rémunération des techniciens de scène. Ces responsabilités incombaient uniquement aux locataires. Les techniciens étaient employés exclusivement par le locataire qui les avait embauchés; ils ne travaillaient nullement pour le compte de la SPA ou d'autres locataires. Ils étaient rémunérés directement par leur employeur sans que n'intervienne la SPA. Ils étaient surveillés uniquement par le locataire qui les avait embauchés. Cela ne revient pas à dire que la SPA n'avait rien à voir avec les techniciens des locataires au cours de la période en litige. Comme le souligne le Syndicat, les coordonnateurs de la SPA ont indiqué aux techniciens où trouver des pièces de rechange pour réparer l'équipement et ils leur ont donné accès au

business of providing technical services to its Tenants.

I would add that the SPA's new, pared-down business model was in line with practice elsewhere in the industry, whereby producers like the Tenants supply their own stage technicians rather than rely on ones provided by their landlords. This fact is not, on its own, decisive. Yet it gives further weight to the view that the SPA had genuinely shut down and withdrawn from the technical services side of its business.

III. Conclusion

The correct approach to the question before us is one that bears in mind that the SPA and its Tenants are distinct legal entities, and that the SPA has the right under Quebec law to go partially or completely out of business. With respect, the courts below lost sight of these points and proceeded to give too broad a meaning to the concept of "utilizing" in s. 109.1(b) of the Code. The SPA genuinely abandoned the technical services part of its business. It was not in violation of s. 109.1(b) for having done so. I would allow the appeal, vacate the injunction and award the SPA its costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the respondent: Trudeau, Provençal, Morissette & Saint-Pierre, Montréal.

matériel et aux fournitures de la SPA. Lorsque l'ampoule d'un projecteur était grillée, un employé de la SPA pouvait indiquer au technicien où se trouvaient les nouvelles ampoules. Ce faisant, la SPA agissait simplement à titre de locateur. Bref, la SPA s'est complètement départie de la composante de son entreprise qui était consacrée à la prestation des services techniques à ses locataires.

Je m'empresse d'ajouter que le nouveau modèle d'entreprise simplifié adopté par la SPA correspondait à une pratique de l'industrie, où les producteurs comme les locataires embauchent leurs propres techniciens de scène plutôt que de s'en remettre à ceux que leur fournissent leurs locateurs. Bien que cette réalité ne soit pas déterminante en soi, elle vient appuyer la conclusion que la SPA avait véritablement cessé d'exploiter, et délaissé, la facette des services techniques de son entreprise.

III. Conclusion

La démarche qu'il convient d'adopter à l'égard de la question dont nous sommes saisis doit tenir compte du fait que la SPA et ses locataires forment des entités juridiques distinctes et que la SPA est habilitée en droit québécois à cesser ses activités en tout ou en partie. J'estime en toute déférence que les jugements dont appel ont perdu de vue cette réalité et entrepris de donner un sens trop large au concept d'« utilisation » prévu à l'al. 109.1b) du Code. La SPA s'est véritablement départie de la facette des services techniques de son entreprise. Elle ne s'est pas pour autant rendue coupable d'avoir contrevenu à l'al. 109.1b). Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'injonction et d'adjudiquer les dépens à la SPA devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Trudeau, Provençal, Morissette & Saint-Pierre, Montréal.

33

34

Domgroup Ltd. Appellant

v.

Crystalline Investments Ltd. and Burnac Leaseholds Ltd. Respondents

INDEXED AS: CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. v. DOMGROUP LTD.

Neutral citation: 2004 SCC 3.

File No.: 29196.

2003: November 7; 2004: January 29.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Bankruptcy — Proposals — Disclaimer of commercial leases — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether repudiation of leases under s. 65.2 relieved first tenant of its obligations as original lessee — Whether post-disclaimer, assignors and guarantors must be treated in same manner with respect to liability — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.

Landlord and tenant — Commercial leases — Assignment clause — Insolvent commercial tenant — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether rights between landlords and original tenant affected by proceedings under s. 65.2 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.

The appellant was the respondents' original tenant. Ultimately, F held the validly assigned leases. F later became insolvent and attempted reorganization under the *Bankruptcy and Insolvency Act*. F, through its trustee, repudiated the leases. Pursuant to s. 65.2(3) of the Act, the respondents received compensation payments equivalent to six months rent upon approval of the proposal. The respondents informed the appellant that F had repudiated

Domgroup Ltd. Appelante

c.

Crystalline Investments Ltd. et Burnac Leaseholds Ltd. Intimées

RÉPERTORIÉ : CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. c. DOMGROUP LTD.

Référence neutre : 2004 CSC 3.

Nº du greffe : 29196.

2003 : 7 novembre; 2004 : 29 janvier.

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

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

Faillite — Propositions — Résiliation de baux commerciaux — Baux cédés validement par le locataire à un cessionnaire devenu subséquemment insolvable — Avis du cessionnaire aux locataires les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — La résiliation des baux effectuée en vertu de l'art. 65.2 a-t-elle libéré le premier locataire de ses obligations en tant que cessionnaire initial? — Après la résiliation d'un bail, les cédants et les garants devraient-ils être assujettis à la même responsabilité? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.

Locataires et locataires — Baux commerciaux — Clause de cession — Locataire commercial insolvable — Baux cédés validement par le locataire à un cessionnaire devenu subséquemment insolvable — Avis du cessionnaire aux locataires les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — Les droits des locataires et du locataire initial ont-ils été touchés par les procédures engagées en vertu de l'art. 65.2? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.

L'appelante était le locataire initial des intimées. Au moment pertinent, F était titulaire des baux, qui lui avaient été cédés validement. Devenue insolvable après la cession, F a tenté une réorganisation en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Par l'intermédiaire de son syndic, F a résilié les baux. Par suite de l'approbation de la proposition, les intimées ont reçu, conformément au par. 65.2(3) de la *Loi*, des indemnités équivalant à six

the leases and asserted their right to be paid the outstanding rent under the assignment clause in the leases. The appellant declined to pay. The respondents filed suit and the appellant applied for summary judgment in both cases. Holding that the notices of repudiation given under s. 65.2 terminated the leases for all purposes, the motions judge granted summary judgment and dismissed the respondents' claims. The Court of Appeal reversed the judgment, finding that the rights between the respondents and the appellant were unaffected by proceedings under s. 65.2.

Held: The appeal should be dismissed.

The repudiation of the leases under s. 65.2 of the Act did not affect the appellant's obligations as the original lessee. Section 65.2 should be read narrowly. The plain purposes of the section are to free an insolvent from obligations under a commercial lease that have become too onerous, to compensate the landlord for the early determination of the lease, and to allow the insolvent to resume viable operations as best it can. Repudiation benefits only the insolvent. Nothing in the Act protects third parties, including assignors, from the consequences of an insolvent's repudiation of a commercial lease. From the time a lease is completed, the original tenant is bound by all the conditions of the lease, including the term. The covenant is fully enforceable even if it has been assigned. Explicit statutory language is required to divest persons of rights they otherwise enjoy at law. So long as the doctrine of paramountcy is not triggered, federally regulated bankruptcy and insolvency proceedings cannot be used to subvert provincially regulated property and civil rights.

The mere possibility that the original tenant may have a right of indemnity against his insolvent assignee and is able to make a claim to participate in the proposal proceedings as an unsecured creditor is not inconsistent with the Act. On the contrary, it is consistent with the circumstances applicable to other alternative debtors, and does not affect or alter the nature of the original tenant's contractual relationship and obligations. More importantly, it does not require that the original tenant be discharged from liability.

In distinguishing between a guarantor and an assignor post-disclaimer, *Cummer-Yonge Investments Ltd. v.*

mois de loyer. Les intimées ont avisé l'appelante que F avait résilié les baux et elles ont fait valoir leur droit aux loyers impayés conformément à la clause de cession figurant dans les baux. L'appelante a refusé de payer. Les intimées ont chacune poursuivi cette dernière, qui a demandé et obtenu un jugement sommaire dans les deux instances. Concluant que les avis de résiliation donnés en vertu de l'art. 65.2 avaient mis fin aux baux à tous égards, le juge des motions a prononcé les jugements sommaires demandés et rejeté les actions des intimées. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et conclu que les droits des locataires et du locataire initial n'étaient pas touchés par les procédures engagées en vertu de l'art. 65.2.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La résiliation des baux effectuée en vertu de l'art. 65.2 de la Loi n'a eu aucune incidence sur les obligations incombant à l'appelante en tant que locataire initial. L'article 65.2 doit être interprété restrictivement et les objectifs manifestes de cet article sont de libérer une personne insolvable des obligations découlant d'un bail commercial qui sont devenues trop lourdes, d'indemniser le locateur pour la fin prématurée du bail et de permettre à la personne insolvable de reprendre autant que possible des activités viables. La résiliation ne bénéficie qu'à la personne insolvable. La Loi ne protège pas les tiers, notamment les cédants, des conséquences de la résiliation d'un bail commercial par une personne insolvable. À compter du moment où un bail est formé, le locataire initial est lié par toutes ses conditions, y compris sa durée. La convention en question est pleinement exécutoire, même si elle a fait l'objet d'une cession. Il faut une disposition législative explicite pour priver une personne de droits dont elle jouit par ailleurs en droit. Tant que la doctrine de la primauté des lois fédérales n'entre pas en jeu, on ne saurait utiliser des procédures en matière de faillite et d'insolvabilité régies par le droit fédéral pour écarter des droits de propriété et autres droits civils régis par le droit provincial.

La simple possibilité que le locataire initial dispose d'un droit d'indemnisation opposable à son cessionnaire insolvable et qu'il puisse présenter une réclamation afin de participer aux procédures de proposition en tant que créancier non garanti n'est pas incompatible avec le régime établi par la Loi. Au contraire, cette possibilité demeure pertinente dans les circonstances applicables aux autres débiteurs subsidiaires et ne modifie en rien la nature des obligations et relations contractuelles du locataire initial. Facteur plus important, elle ne commande pas que le locataire initial soit libéré de ses obligations.

L'affaire *Cummer-Yonge Investments Ltd. c. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, a engendré de l'incertitude dans

Fagot, [1965] 2 O.R. 152, has created uncertainty in leasing and bankruptcy and should be overruled. Post-disclaimer, assignors and guarantors ought to be treated the same with respect to liability.

le domaine de la location et de la faillite du fait que le tribunal a considéré qu'il existe, après la résiliation, une distinction entre les garants d'une part et l'auteur d'une cession d'autre part. Cette décision doit être écartée. Après la résiliation, cédants et garants devraient être assujettis à la même responsabilité.

Cases Cited

Overruled: *Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, aff'd [1965] 2 O.R. 157n; referred to: *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *McNeil v. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385; *Francini v. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321; *Transco Mills Ltd. v. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359; *Warnford Investments Ltd. v. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517; *Peterborough Hydraulic Power Co. v. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145; *Stacey v. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660; *Hindcastle Ltd. v. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, Part III, ss. 62(3), 65.2 [ad. 1992, c. 27, s. 30], 179.

Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995 (U.K.), 1995, c. 30.

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 20.04(2).

Jurisprudence

Arrêt renversé : *Cummer-Yonge Investments Ltd. c. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, conf. par [1965] 2 O.R. 157n; arrêts mentionnés : *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *McNeil c. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon c. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385; *Francini c. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321; *Transco Mills Ltd. c. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359; *Warnford Investments Ltd. c. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517; *Peterborough Hydraulic Power Co. c. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145; *Stacey c. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660; *Hindcastle Ltd. c. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91.

Lois et règlements cités

Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995 (R.-U.), 1995, ch. 30.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, Partie III, art. 62(3), 65.2 [aj. 1992, ch. 27, art. 30], 179.

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 20.04(2).

Doctrine citée

Goldfarb, Clifford S. « The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease ». In H. M. Haber, ed., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002, 157.

Lem, Jeffrey W., and Stefan T. Proniuk. « Goodbye 'Cummer-Yonge': A Review of Modern Developments in the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants » (1993), 1 D.R.P.L. 419.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 58 O.R. (3d) 549, 210 D.L.R. (4th) 659, 156 O.A.C. 392, 27 B.L.R. (3d) 102, 49 R.P.R. (3d) 171, 31 C.B.R. (4th) 225, [2002] O.J. No. 883 (QL), reversing a judgment of the Superior Court of Justice (2001), 39 R.P.R. (3d) 49, 31 POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 549, 210 D.L.R. (4th) 659, 156 O.A.C. 392, 27 B.L.R. (3d) 102, 49 R.P.R. (3d) 171, 31 C.B.R. (4th) 225, [2002] O.J. No. 883 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (2001), 39 R.P.R. (3d) 49, 31

C.B.R. (4th) 216, [2001] O.J. No. 736 (QL). Appeal dismissed.

Fred D. Cass, Lawrence J. Crozier and David Stevens, for the appellant.

Peter-Paul E. DuVernet, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

This appeal arises from a motion for summary judgment. The facts are undisputed. The respondents, Crystalline Investments Limited (“Crystalline”) and Burnac Leaseholds Limited (“Burnac”), while owners of different properties, are referred to collectively as the “landlords”.

Dominion Stores Limited was the original tenant of the landlords. It is not clear from the record nor is it relevant whether Dominion Stores Limited became Domgroup Limited (“Domgroup”) by reorganization or by a change of name. For purposes of this appeal, the appellant Domgroup can be viewed as the original tenant.

Domgroup assigned the leases to Coastal Foods Limited (“Coastal Foods”), a wholly owned subsidiary. The consent of the landlords was not required under the leases for the assignments. Domgroup subsequently sold Coastal Foods which amalgamated to form Food Group Inc. (“Food Group”). Food Group later became insolvent and attempted a reorganization under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the “Act”), as amended to 1994.

The question is whether the terms of the reorganization by the insolvent assignee through its trustee where it purported to repudiate the leases under s. 65.2 of the Act affect the obligations between the landlords and the original tenant.

C.B.R. (4th) 216, [2001] O.J. No. 736 (QL). Pourvoi rejeté.

Fred D. Cass, Lawrence J. Crozier et David Stevens, pour l’appelante.

Peter-Paul E. DuVernet, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi découle d’une motion sollicitant un jugement sommaire. Les faits ne sont pas contestés. Bien qu’elles soient propriétaires de biens différents, les intimées, Crystalline Investments Limited (« Crystalline ») et Burnac Leaseholds Limited (« Burnac »), sont appelées collectivement ci-après les « locataires ».

Dominion Stores Limited était le locataire initial des locataires. Le dossier n’indique pas clairement — information qui n’est d’ailleurs pas pertinente — si Dominion Stores Limited est devenue Domgroup Limited (« Domgroup ») à la suite d’une réorganisation ou d’un changement de dénomination. Pour les besoins du présent pourvoi, l’appelante Domgroup peut être considérée comme le locataire initial.

Domgroup a cédé les baux à Coastal Foods Limited (« Coastal Foods »), une filiale en propriété exclusive. Cette cession pouvait intervenir sans le consentement des locataires. Domgroup a par la suite vendu Coastal Foods, qui s’est fusionnée pour former Food Group Inc. (« Food Group »). La société Food Group est plus tard devenue insolvable et a tenté une réorganisation en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvenabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (la « Loi »), dans sa version en vigueur en 1994.

Il s’agit de décider si les conditions de la réorganisation qu’a effectuée la cessionnaire insolvable par l’intermédiaire de son syndic et au moyen de laquelle elle entendait résilier les baux en vertu de l’art. 65.2 de la Loi ont une incidence sur les obligations convenues entre les locataires et le locataire initial.

5 The procedure for granting summary judgment in Ontario was set out in rule 20.04(2) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. That rule provided as follows at the time:

20.04 . . .

(2) Where the court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the court shall grant summary judgment accordingly.

6 In *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 27, Iacobucci and Bastarache JJ. discussed the legal principles that govern a motion for summary judgment:

The appropriate test to be applied on a motion for summary judgment is satisfied when the applicant has shown that there is no genuine issue of material fact requiring trial, and therefore summary judgment is a proper question for consideration by the court. See *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 15; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.), at pp. 267-68; *Irving Ungerma Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), at pp. 550-51. Once the moving party has made this showing, the respondent must then "establish his claim as being one with a real chance of success" (*Hercules*, *supra*, at para. 15).

The parties do not dispute the test for summary judgment.

7 The motions judge held that notices of repudiation given under s. 65.2 terminated the leases for all purposes. Relying on *Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152 (H.C.), he found that, since the leases no longer existed, the liabilities that would have been owed by the original tenant to the landlords also disappeared. He granted summary judgment dismissing the claims of the landlords who sought damages from the original tenant. The Ontario Court of Appeal reversed the trial judge and held that the rights between the landlords and the original tenant were unaffected by proceedings under s. 65.2. The appeal was allowed and the summary judgments set aside.

En Ontario, jugement sommaire est rendu dans les cas prévus par la règle 20.04(2) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, qui est rédigée ainsi :

20.04 . . .

(2) Le tribunal, s'il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de question litigieuse, rend un jugement sommaire en conséquence.

Dans l'arrêt *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 27, les juges Iacobucci et Bastarache ont examiné les principes juridiques régissant les motions sollicitant un jugement sommaire :

Le critère qu'il convient d'appliquer à une motion visant à obtenir un jugement sommaire est respecté lorsque le requérant démontre qu'il n'y a aucune véritable question de fait importante qui requiert la tenue d'un procès et qu'il est donc opportun que le tribunal examine s'il y a lieu d'accorder un jugement sommaire. Voir *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, au par. 15; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.), aux pp. 267 et 268; *Irving Ungerma Ltd. c. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), aux pp. 550 et 551. Une fois que l'auteur de la motion a fait cette démonstration, il incombe ensuite à la partie intimée « d'établir que son action a vraiment des chances de réussir » (*Hercules*, précédent, au par. 15).

Les parties ne contestent pas ce critère.

Le juge des motions a conclu que les préavis de résiliation donnés en vertu de l'art. 65.2 ont eu pour effet de résilier les baux à tous égards. S'appuyant sur l'affaire *Cummer-Yonge Investments Ltd. c. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152 (H.C.), le juge a conclu que, puisque les baux n'existaient plus, les obligations du locataire initial envers les locataires avaient également disparu. Le juge a prononcé des jugements sommaires rejetant les demandes des locataires, qui réclamaient des dommages-intérêts du locataire initial. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision du juge de première instance et conclu que les droits des locataires et du locataire initial n'étaient pas touchés par les procédures engagées en vertu de l'art. 65.2. L'appel a été accueilli et les jugements sommaires ont été annulés.

For the reasons that follow, I agree with the Ontario Court of Appeal that the insolvency of the assignee and the order made pursuant to the Act do not affect the landlords who can continue to look to the original tenant for enforcement of the leases. The order affects the insolvent assignee and its creditors, including the original tenant and assignor of the leases, but does not reach to the landlords. I would dismiss the appeal.

In this appeal, the appellant sought to rely on certain common law remedies and, in particular, advanced the defence of surrender which was neither pleaded nor raised before the motions judge or the Court of Appeal. Surrender must be pleaded. See *McNeil v. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385 (H.C.), at p. 562. In these circumstances the court refused to consider the question.

This appeal is limited to confirming that Food Group's repudiation of the leases assigned to it by Domgroup did not, by virtue of s. 65.2 alone, terminate Domgroup's rights and obligations under the leases. Section 65.2 relates to the repudiation of leases by insolvent commercial tenants. It is not concerned with the effects of that repudiation on third parties, such as assignors and guarantors. Whether the leases were terminated by surrender, as Domgroup argues for the first time in the Court, or by the application of some other principle of common law, is a question best left for trial.

II. Background

On April 30, 1979, Domgroup leased premises from Crystalline. On April 24, 1980, Domgroup leased a different location from Burnac. Both premises were located in New Brunswick. The leases had 25-year terms and contained the following assignment clause:

Notwithstanding any assignment or sublease the Lessee shall remain fully liable under this lease and shall

8

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis, tout comme la Cour d'appel de l'Ontario, que l'insolvençabilité du cessionnaire et l'ordonnance rendue en application de la Loi ne touchent pas les locataires, qui peuvent continuer d'exiger du locataire initial le respect des baux. L'ordonnance produit ses effets à l'égard du cessionnaire insolvable et de ses créanciers, y compris le locataire initial qui a cédé les baux, mais non à l'égard des locataires. Je rejette alors le pourvoi.

9

En l'espèce, l'appelante a voulu invoquer certains moyens de défense prévus par la common law et elle a notamment fait valoir la défense d'abandon qui n'avait été ni plaidée par écrit ni soulevée devant le juge des motions ou devant la Cour d'appel. L'abandon est un moyen qui doit être plaidé. Voir *McNeil c. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon c. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385 (H.C.), p. 562. Dans ces circonstances, les tribunaux ont refusé d'examiner cette question.

10

Le présent pourvoi confirme uniquement que la résiliation par Food Group des baux que lui avait cédés Domgroup n'a pas, par la seule application de l'art. 65.2, éteint les droits et obligations de Domgroup découlant des baux. L'article 65.2 porte sur la résiliation de baux par des locataires commerciaux insolventes. Il ne traite pas des effets de cette résiliation sur les tierces parties, par exemple les cédants et les garants. La question de savoir s'il a été mis fin aux baux soit par abandon, comme l'invoque pour la première fois Domgroup devant notre Cour, soit par application d'un autre principe de common law est un problème qui devrait être débattu en première instance.

II. Contexte

11

Le 30 avril 1979, Domgroup a loué des locaux de Crystalline. Le 24 avril 1980, Domgroup a loué un autre local de Burnac. Tous ces locaux étaient situés au Nouveau-Brunswick. Les baux, d'une durée de 25 ans, comportaient la clause de cession suivante :

[TRADUCTION] Nonobstant toute cession ou sous-location, le locataire demeure entièrement responsable du

- not be released from performing any of its covenants, obligations or agreements in this lease and shall continue to be bound by this lease.
- 12 On May 25, 1985, Domgroup assigned both leases to Coastal Foods which later became Food Group.
- 13 Food Group encountered financial difficulty and attempted a reorganization. In February of 1994, Food Group filed a notice of intention to make a proposal pursuant to Part III of the Act.
- 14 Food Group then prepared and filed its proposal, stating that it believed the proposal would be "of benefit to its creditors and employees, and will enable the Food Group to continue in business, albeit on a much reduced scale". Part of the proposal was that Food Group's leases with Burnac and Crystalline be terminated pursuant to s. 65.2.
- 15 On February 18, 1994, the insolvent Food Group, through its trustee, gave the original landlords, Burnac and Crystalline, notice of its intention to repudiate the leases. Neither Burnac nor Crystalline applied to the court to challenge the repudiation of the lease although entitled to do so under the Act. At no time did Food Group advise Domgroup of the proceedings.
- 16 On March 18, 1994, the proposal was approved by the Court of Queen's Bench for New Brunswick in Bankruptcy. On March 24, 1994, Burnac and Crystalline received compensation payments of \$173,704.39 and \$131,154.54, respectively, being the equivalent of six months rent under the leases pursuant to s. 65.2(3) of the Act. The repudiation was declared to be effective as of March 31, 1994.
- 17 Food Group vacated Crystalline's premises in March of 1994. It had previously vacated Burnac's premises one year earlier, but had continued to pay rent.
- 18 Burnac, one of the original landlords, entered into short-term leases with a bingo operation and started modifications to the premises to accommodate another tenant. Similarly, the other landlord,
- présent bail, il n'est pas libéré des engagements ou autres obligations énoncés dans ce bail et il continue d'être lié par celui-ci.
- Le 25 mai 1985, Domgroup a cédé les deux baux à Coastal Foods, devenue par la suite Food Group.
- Éprouvant des difficultés financières, Food Group a tenté une réorganisation. En février 1994, Food Group a déposé un avis d'intention de faire une proposition selon la partie III de la Loi.
- Food Group a ensuite rédigé et déposé sa proposition, où elle affirmait croire que celle-ci serait [TRADUCTION] « avantageuse pour ses créanciers et ses employés et permettrait à Food Group de poursuivre ses activités, mais à une échelle plus modeste ». La proposition prévoyait notamment la résiliation, conformément à l'art. 65.2, des baux de Food Group avec Burnac et Crystalline.
- Le 18 février 1994, Food Group — qui était alors insolvable — a, par l'intermédiaire de son syndic, donné préavis de son intention de résilier les baux aux locataires initiaux, Burnac et Crystalline. Même si la Loi les autorisait à le faire, ni Burnac ni Crystalline n'ont contesté la résiliation des baux devant le tribunal. Food Group n'a à aucun moment avisé Domgroup de ces procédures.
- Le 18 mars 1994, la proposition a été approuvée par la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick siégeant en matière de faillite. Le 24 mars 1994, Burnac et Crystalline ont reçu, conformément au par. 65.2(3) de la Loi, des indemnités respectives de 173 704,39 \$ et de 131 154,54 \$, soit l'équivalent de six mois de loyer selon les conditions des baux. Le tribunal a déclaré que la résiliation prenait effet le 31 mars 1994.
- Food Group a quitté les locaux de Crystalline en mars 1994. Elle avait laissé ceux de Burnac un an auparavant, mais continué à payer le loyer.
- Burnac, l'un des locataires initiaux, a conclu des baux de courte durée avec un exploitant de salle de bingo et entrepris des modifications aux locaux pour répondre aux besoins d'un autre locataire. De

Crystalline, licensed its premises to kiosk-based vendors.

On January 20, 1995, Burnac and Crystalline informed the original tenant, Domgroup, by mail that the insolvent, Food Group, had repudiated the leases. At the same time, they asserted their rights to be paid outstanding rent pursuant to the assignment clause in the leases. The letters did not acknowledge the termination of the leases as of March 31, 1994.

Domgroup declined to pay. Burnac and Crystalline both sued in Ontario Superior Court. Domgroup, on application, was granted summary judgment in both cases. Both were later reversed by the Ontario Court of Appeal.

III. Relevant Statutory Provisions

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3

65.2 (1) At any time between the filing of a notice of intention and the filing of a proposal, or on the filing of a proposal, in respect of an insolvent person who is a commercial tenant under a lease of real property, the insolvent person may repudiate the lease on giving thirty days notice to the landlord in the prescribed manner, subject to subsection (2).

(2) Within fifteen days after being given notice of the repudiation of a lease under subsection (1), the landlord may apply to the court for a declaration that subsection (1) does not apply in respect of that lease, and the court, on notice to such parties as it may direct, shall make such a declaration unless the insolvent person satisfies the court that the insolvent person would not be able to make a viable proposal, or that the proposal the insolvent person has made would not be viable, without the repudiation of that lease and all other leases that the tenant has repudiated under subsection (1).

(3) Where a lease is repudiated pursuant to subsection (1), a proposal filed by the insolvent person must provide for payment to the landlord, immediately after court approval of the proposal, of compensation equal to the lesser of

- (a) an amount equal to six months rent under the lease, and

son côté, Crystalline, l'autre locateur, a autorisé l'occupation de ses locaux par des vendeurs en kiosques.

Le 20 janvier 1995, Burnac et Crystalline ont avisé par courrier Domgroup, le locataire initial, que Food Group, qui était alors insolvable, avait résilié les baux. Les locataires ont par la même occasion fait valoir leur droit aux loyers impayés conformément à la clause de cession figurant dans les baux. Les lettres ne contenaient aucune mention reconnaissant la résiliation des baux survenue le 31 mars 1994.

Domgroup a refusé de payer. Burnac et Crystalline ont chacune poursuivi cette entreprise en Cour supérieure de l'Ontario. Domgroup a demandé et obtenu un jugement sommaire dans les deux instances. Ces jugements ont par la suite été infirmés par la Cour d'appel de l'Ontario.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3

65.2 (1) Entre le dépôt d'un avis d'intention et celui d'une proposition relative à une personne insolvable qui est un locataire commercial en vertu d'un bail immobilier, ou lors du dépôt d'une telle proposition, cette personne peut, sous réserve du paragraphe (2), résilier son bail sur préavis de trente jours donné de la manière prescrite.

(2) Le locateur peut, dans les quinze jours suivant le jour où préavis lui a été donné aux termes du paragraphe (1), demander au tribunal de déclarer ce paragraphe inapplicable au bail en question; le tribunal est tenu, sur avis donné aux parties qu'il ordonne d'aviser, de rendre l'ordonnance souhaitée, sauf si la personne insolvable le convainc que, sans la résiliation du bail en question et de tout autre bail résilié par le locataire aux termes du paragraphe (1), elle ne serait pas en mesure de faire une proposition viable ou que la proposition déjà faite ne serait pas viable.

(3) En cas de résiliation du bail, la proposition déposée par la personne insolvable doit prévoir le paiement au locateur, dès que le tribunal approuve la proposition, d'une indemnité égale au moindre des deux montants suivants :

- a) une somme égale à six mois de loyer, selon les termes du bail;

19

20

21

(b) the rent for the remainder of the lease, from the date on which the repudiation takes effect.

(4) For the purpose of voting on any question relating to a proposal referred to in subsection (3), the landlord does not have any claim in respect of accelerated rent, damages arising out of the repudiation, or the compensation referred to in subsection (3).

(5) Nothing in subsections (1) to (4) affects the operation of section 146 in the event of bankruptcy.

(6) Where an insolvent person who has made a proposal referred to in subsection (3) becomes bankrupt

- (a) after court approval of the proposal and before the proposal is fully performed, and
- (b) after compensation referred to in subsection (3) has been paid,

the landlord has no claim against the estate of the bankrupt for accelerated rent.

IV. Judicial History

A. Ontario Superior Court of Justice (2001), 39 R.P.R. (3d) 49

22 The motions for summary judgment by Domgroup were heard by Trafford J. on March 1, 2001, and by consent, the legal issue was stated as follows:

Is a landlord, following the Court-approved termination of a commercial lease under s. 65.2 of the 1992 Act and following acceptance of the compensation provided for by the statutory code, entitled to arrears of rent, or for damages, in respect of the unexpired term of the terminated lease as against the pre-proposal assignor of the lease?

23 The motions judge held that the court-approved termination of the leases ended all obligations of the parties and rendered the assignment clause inoperative. The compensation paid to the landlords under s. 65.2 constituted the total compensation for all damages to which they were entitled under the leases. Since the entire lease, including the assignment clause, was terminated by the court order, there was no basis in law for the claims made against the

b) le loyer pour la partie du bail non écoulée à la date de prise d'effet de la résiliation.

(4) En ce qui a trait au vote sur toute question relative à la proposition visée au paragraphe (3), le locateur n'a aucune réclamation à faire valoir à l'égard soit du loyer perçu par anticipation, soit des dommages-intérêts découlant de la résiliation, soit de l'indemnité prévue à ce paragraphe.

(5) Les paragraphes (1) à (4) n'ont pas pour effet de porter atteinte, en cas de faillite, à l'application de l'article 146.

(6) Dans le cas où la personne insolvable qui a fait une proposition visée au paragraphe (3) devient un failli après l'approbation de la proposition par le tribunal, mais avant l'exécution intégrale de celle-ci, et après le paiement de l'indemnité prévue à ce paragraphe, le locateur n'a aucune réclamation à faire valoir contre l'actif du failli à l'égard du loyer perçu par anticipation.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. Cour supérieure de justice de l'Ontario (2001), 39 R.P.R. (3d) 49

Les motions de Domgroup sollicitant un jugement sommaire ont été entendues par le juge Trafford le 1^{er} mars 2001 et, par consentement, la question de droit en litige a été formulée comme suit :

[TRADUCTION] Une fois la résiliation d'un bail commercial approuvée par le tribunal en application de l'article 65.2 de la Loi qui était en vigueur en 1992 et une fois acceptée l'indemnité prévue par le code législatif, un locateur a-t-il droit d'obtenir de celui qui a cédé le bail avant la proposition les loyers impayés, ou des dommages-intérêts, pour la période du bail résilié qui reste à courir?

Le juge des motions a estimé que la résiliation des baux approuvée par le tribunal avait éteint toutes les obligations des parties et rendu inopérante la clause de cession. Les sommes versées aux locataires en application de l'art. 65.2 constituaient l'indemnité totale à laquelle ils avaient droit en vertu des baux au titre des dommages-intérêts. Étant donné que le bail au complet, y compris la clause de cession, avait été résilié par l'ordonnance du

original tenant, Domgroup. He granted summary judgment in both cases.

B. Ontario Court of Appeal (2002), 58 O.R. (3d) 549

The Ontario Court of Appeal rejected the conclusion of the motions judge that the provisions of s. 65.2 terminated the leases for all purposes. In the view of Carthy J.A., the rights between the landlords and the original tenant were unaffected by the insolvency proceedings. He found no change in this result was warranted by the 1997 amendment to the English version of s. 65.2 from the term "repudiate" to "disclaim".

The Court of Appeal held that the consequences of repudiation should be restricted to those provided for in s. 65.2 having regard to the purposes of insolvency proceedings as a whole. While the insolvency proceedings permitted Food Group as the insolvent to shed its obligations, the rights and liabilities of Domgroup to the landlords under the leases remained intact.

V. Analysis

A. The Construction of Section 65.2

The dispute is whether the Act has relieved the appellant Domgroup of its obligations by the assignment of the leases ultimately to the insolvent. More precisely, should s. 65.2 be interpreted to bring all the obligations between the appellant and respondents to an end when the leases were repudiated by the insolvent, Food Group?

While the drafting of s. 65.2 focusses on bilateral relationships, such as a simple lease between a landlord and a tenant, the effect of the repudiation does not change in circumstances such as the present ones, involving a tripartite arrangement resulting from the assignment of a lease. In both situations, the repudiation must be construed as benefiting only the insolvent.

tribunal, les réclamations présentées contre Domgroup, le locataire initial, n'étaient pas fondées en droit. Le juge des requêtes a rendu le jugement sommaire demandé dans les deux affaires.

B. Cour d'appel de l'Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 549

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la conclusion du juge des motions selon laquelle les dispositions de l'art. 65.2 avaient eu pour effet de résilier les baux à tous égards. Suivant le juge Carthy, les procédures en matière d'insolvabilité n'ont eu aucune incidence sur les droits des locataires et du locataire initial. Il a estimé que la modification apportée en 1997 à la version anglaise de l'art. 65.2, qui a substitué le mot « *disclaim* » au mot « *repudiate* », ne commandait pas un résultat différent.

La Cour d'appel a jugé que les conséquences de la résiliation devaient se limiter à celles prévues à l'art. 65.2, compte tenu de l'objectif de l'ensemble des procédures en matière d'insolvabilité. Bien que ces procédures aient permis à Food Group, la société insolvable, de se libérer de ses obligations, les droits et obligations de Domgroup envers les locataires aux termes des baux sont demeurés intacts.

V. Analyse

A. L'interprétation de l'art. 65.2

Il s'agit de décider si, du fait de la cession des baux à la société insolvable, l'appelante Domgroup est libérée par la Loi de ses obligations. Plus précisément, l'art. 65.2 a-t-il eu pour effet d'éteindre toutes les obligations liant l'appelante et les intimés lorsque les baux ont été résiliés par Food Group, la société insolvable?

Bien que le texte de l'art. 65.2 vise principalement des relations bilatérales, par exemple un simple bail entre un locataire et un locataire, l'effet de la résiliation n'est pas différent dans une situation comme la présente, où il y a arrangement tripartite résultant de la cession d'un bail. Dans l'un et l'autre cas, il faut considérer que la résiliation ne bénéficie qu'à la personne insolvable.

24

25

26

27

28

I, thus, agree with the Court of Appeal that s. 65.2 should be read narrowly. The plain purposes of the section are to free an insolvent from the obligations under a commercial lease that have become too onerous, to compensate the landlord for the early determination of the lease, and to allow the insolvent to resume viable operations as best it can. Nothing in s. 65.2, or any part of the Act, protects third parties (i.e., guarantors, assignors or others) from the consequences of an insolvent's repudiation of a commercial lease. That is to say that they remain liable when the party on whose behalf they acted becomes insolvent.

29

When a lease is finalized, the landlord and tenant then have privity of contract and privity of estate. See *Francini v. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321 (C.A.), at pp. 322-23. When the lease is assigned, the landlord's privity of estate with the original tenant comes to an end, but the privity of contract continues and the original tenant remains liable upon its covenant. The estate or interest in the tenancy is transferred to the assignee, who, by being entitled to possession, is obliged to make payment of rent, but, subject to the terms of the lease and the agreement of the parties, the original tenant remains liable should his assignee not pay the rent. See C. S. Goldfarb, "The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease", in H. M. Haber, ed., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease* (2002), 157.

30

Both the British Columbia Court of Appeal in *Transco Mills Ltd. v. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359, at p. 366, and Carthy J.A., here, at para. 16, quoted from Vice-Chancellor Megarry in *Warnford Investments Ltd. v. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517 (Ch. D.), at p. 526, where the position of an original tenant in bankruptcy proceedings is discussed. It is worth repeating:

The original lessee is a person who as principal, undertook towards the lessor, the obligations of the lease for

En conséquence, je partage l'avis de la Cour d'appel que l'art. 65.2 doit recevoir une interprétation restrictive. Les objectifs manifestes de cet article sont de libérer une personne insolvable des obligations découlant d'un bail commercial qui sont devenues trop lourdes, d'indemniser le locateur pour la fin prématuée du bail et de permettre à la personne insolvable de reprendre autant que possible des activités viables. Ni l'article 65.2 ni quelque autre partie de la Loi ne protègent les tiers (c'est-à-dire les garants, cédants ou autres) des conséquences de la résiliation d'un bail commercial par une personne insolvable. C'est donc dire que les tiers demeurent responsables lorsque la partie au nom de laquelle ils ont agi devient insolvable.

Lorsqu'un bail a été conclu, il s'établit alors entre le locataire et le locateur un lien contractuel et une connexité de domaine. Voir *Francini c. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321 (C.A.), p. 322-323. En cas de cession du bail, la connexité de domaine entre le locateur et le locataire initial cesse d'exister, mais le lien contractuel survit et le locataire initial demeure tenu par son engagement. Le domaine ou l'intérêt dans la location est transféré au cessionnaire, qui, du fait de son droit à la possession, doit payer le loyer. Toutefois, sous réserve des conditions du bail et de l'entente entre les parties, le locataire initial demeure responsable du paiement du loyer si le cessionnaire fait défaut de le payer. Voir C. S. Goldfarb, « The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease », dans H. M. Haber, dir., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease* (2002), 157.

Tant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Transco Mills Ltd. c. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359, p. 366, que le juge Carthy au par. 16 de l'arrêt visé par le présent pourvoi ont cité les propos du vice-chancelier Megarry dans l'affaire *Warnford Investments Ltd. c. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517 (Ch. D.), p. 526, qui examinait la situation du locataire initial dans le cadre de procédures de faillite. Il vaut la peine de reproduire le passage en question :

[TRADUCTION] Le locataire initial est la personne qui, à titre de débiteur principal, assume envers le locateur

the whole term; and there is nothing in the process of assignment which replaced this liability by the mere collateral liability of a surety who must pay the rent only if the assignee does not. The bankruptcy of the assignee has for the time being destroyed the original lessee's right against the assignee to require him to discharge the obligations of the lease, and it has impaired the lessee's right of indemnity against him when he has to discharge the obligations himself; but it has not affected his primary liability towards the lessor, which continues unaffected. At no time does an original lessee become a mere guarantor to the lessor of the liability of any assignee of the lease. [Emphasis added.]

From the time a lease is completed, the original tenant is bound by all the conditions, including the term. Despite the hardship that may later develop, the covenant is fully enforceable even if it has been assigned. In England, however, public concern over the continuing liability of original tenants in post-assignment bankruptcy situations resulted in the enactment of the *Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995* (U.K.), 1995, c. 30. As a result, when a tenant in England lawfully assigns a lease, that tenant will have no further obligations with respect to the covenant. To effect the same result in Canada, similar legislation is needed.

B. Does the Common Law Indemnification Right Frustrate the Act?

If the liabilities remain enforceable by the landlord against the original tenant, then presumably the original tenant can exercise its common law indemnification rights against its assignee as an unsecured creditor. See *Peterborough Hydraulic Power Co. v. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145 (C.A.), at p. 151. The original tenant could therefore prove a claim in insolvency against that assignee under this right of indemnity. As a result, the insolvent assignee could face an additional claim on the lease in excess of the preferred payment required to be paid to the landlord under s. 65.2.

les obligations du bail pour toute la durée de celui-ci; de plus, le processus de cession n'a pas pour effet de substituer à cette obligation la simple obligation subsidiaire qu'à la caution de payer le loyer uniquement en cas de défaut du cessionnaire. La faillite du cessionnaire a éteint pour le moment le droit du locataire initial d'exiger du cessionnaire l'exécution des obligations prévues par le bail et a affaibli le droit du locataire d'être indemnisé par ce dernier lorsqu'il doit les exécuter lui-même; mais la faillite du cessionnaire n'a pas eu d'incidence sur l'obligation fondamentale du locataire initial envers le locateur, obligation qui, elle, reste intacte. En aucune circonstance le locataire initial ne devient simple garant envers le locateur des obligations du cessionnaire du bail. [Je souligne.]

31

À compter du moment où un bail est formé, le locataire initial est lié par toutes ses conditions, y compris sa durée. Quelles que soient les difficultés qui pourraient surgir ultérieurement, la convention en question est pleinement exécutoire même si elle a fait l'objet d'une cession. En Angleterre toutefois, les inquiétudes exprimées par la population au sujet du maintien de la responsabilité des locataires initiaux en cas de faillites postérieures à une cession ont entraîné l'adoption de la *Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995* (R.-U.), 1995, ch. 30. Conséquemment, en Angleterre, le locataire qui cède légalement son bail n'est plus tenu aux obligations découlant de celui-ci. Une loi similaire serait nécessaire pour produire le même résultat au Canada.

B. Le droit à indemnisation en common law fait-il obstacle à l'application de la Loi?

32

Si les obligations demeurent opposables au locataire initial par le locateur, on peut alors supposer que le locataire initial peut, à titre de créancier non garanti, exercer contre son cessionnaire le droit à indemnisation que lui accorde la common law. Voir *Peterborough Hydraulic Power Co. c. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145 (C.A.), p. 151. Le locataire initial pourrait donc, en vertu de ce droit, établir l'existence d'une réclamation contre ce cessionnaire en contexte d'insolvabilité. En conséquence, en plus du paiement qui doit être fait en priorité au locateur conformément à l'art. 65.2, le cessionnaire insolvable pourrait être exposé à une réclamation additionnelle fondée sur le bail.

33 The appellant submits this result would frustrate the objectives of the Act and is the reason that a repudiation under s. 65.2 should terminate a lease for all purposes. I disagree for two reasons.

34 First, an assignor is no different from other alternative debtors, none of which is excused under the Act. For example, s. 179 states:

179. An order of discharge does not release a person who at the date of the bankruptcy was a partner or co-trustee with the bankrupt or was jointly bound or had made a joint contract with him, or a person who was surety or in the nature of a surety for him.

While s. 62(3) provides:

62. . . .

(3) The acceptance of a proposal by a creditor does not release any person who would not be released under this Act by the discharge of the debtor.

Parliament therefore saw fit to conserve the liabilities of alternative debtors, yet chose not to extinguish their common law rights of indemnity.

35 Second, where an original tenant seeks indemnification on a contingent claim, provided the claim is provable and not disallowed, it would fall into the insolvency to be dealt with in accordance with the scheme of the Act. The assignor simply joins the other unsecured creditors in the proceedings. If such a claim is approved, it cannot satisfy and at the same time frustrate the Act.

36 Simply stated, the mere possibility that the original tenant may have a right of indemnity against his insolvent assignee and is able to make a claim to participate in the proposal proceedings as an unsecured creditor is not inconsistent with the statutory scheme. On the contrary, it is consistent with the circumstances applicable to other alternative covenantors, and does not affect or alter the nature of the original tenant's contractual relationship and

L'appelante fait valoir que ce résultat ferait obstacle à la réalisation des objectifs de la Loi et constitue la raison pour laquelle la résiliation prévue par l'art. 65.2 doit mettre fin au bail à tous égards. Je ne suis pas de cet avis, et ce pour deux raisons.

Premièrement, un cédant ne diffère pas des autres débiteurs subsidiaires, dont aucun n'est exempté de l'application de la Loi. À titre d'exemple, l'art. 179 dispose ainsi :

179. Une ordonnance de libération ne libère pas une personne qui, au moment de la faillite, était un associé du failli ou coadministrateur avec le failli, ou était conjointement liée ou avait passé un contrat en commun avec lui, ou une personne qui était caution ou semblait être une caution pour lui.

Le paragraphe 62(3) prévoit ceci :

62. . . .

(3) L'acceptation d'une proposition par un créancier ne libère aucune personne qui ne le serait pas aux termes de la présente loi par la libération du débiteur.

Le législateur a donc jugé bon de maintenir les obligations des débiteurs « subsidiaires », mais il a choisi de ne pas éteindre leur droit à indemnisation en common law.

Deuxièmement, lorsqu'un locataire initial demande l'indemnisation d'une réclamation éventuelle, sa réclamation — pourvu qu'elle soit prouvable et qu'elle ne soit pas rejetée — est traitée conformément au régime établi par la Loi en matière d'insolvabilité. Le cédant joint simplement les rangs des autres créanciers non garantis participant aux procédures pertinentes. Si une telle réclamation est approuvée, elle ne saurait à la fois répondre aux exigences de la Loi et faire obstacle à la réalisation des objectifs de celle-ci.

En somme, la simple possibilité que le locataire initial dispose d'un droit d'indemnisation opposable à son cessionnaire insolvable et qu'il puisse présenter une réclamation afin de participer aux procédures de proposition en tant que créancier non garanti n'est pas incompatible avec le régime établi par la Loi. Au contraire, cette possibilité demeure pertinente dans les circonstances applicables aux autres contractants subsidiaires et ne modifie en rien la

obligations. More importantly, it does not require that the original tenant be discharged from liability.

I also question whether there is any justification for distinguishing between a guarantor and an assignor post-disclaimer. In *Cummer-Yonge, supra*, the landlord brought an action against guarantors of a bankrupt tenant for the unpaid rent accruing after the tenant's bankruptcy but prior to the reletting of the leased premises. The trustee in bankruptcy had disclaimed the lease in accordance with the trustees' rights under the then applicable federal bankruptcy and provincial landlord and tenancy legislation. The guarantee provision contained in the disclaimed lease provided as follows:

The Guarantors if one is a party hereto join for the first five (5) years of the term hereby granted for valuable consideration and for the purpose of guaranteeing the due performance by the Lessee of all its covenants in this lease including the covenant to pay rent on the part of the Lessee to be performed.

Gale C.J.H.C. applied the reasoning of the English Court of Appeal in *Stacey v. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660. He read the guarantee clause strictly as a pure surety provision and found that when the lease was disclaimed by a trustee in bankruptcy, the bankrupt's covenants to perform were dissolved. Since the guarantors' obligation is to assure performance of those covenants, their obligations disappeared with the covenants. The Ontario Court of Appeal affirmed the decision without reasons ([1965] 2 O.R. 157n).

Cummer-Yonge has created uncertainty in leasing and bankruptcy. Not only have drafters of leases attempted to circumvent the holding in *Cummer-Yonge* by playing upon the primary and secondary obligation distinction, but courts have also performed what has been called "tortuous distinctions" in order to reimpose liability on guarantors. See J. W. Lem and S. T. Proniuk, "Goodbye '*Cummer-Yonge*' : A Review of Modern Developments in

nature des obligations et relations contractuelles du locataire initial. Facteur plus important, cette possibilité ne commande pas que le locataire initial soit libéré de ses obligations.

Je me demande également s'il existe quelque raison justifiant d'établir une distinction, après la résiliation, entre un garant d'une part et l'auteur d'une cession d'autre part. Dans l'affaire *Cummer-Yonge*, précitée, le locateur a intenté une action contre les garants d'un locataire failli pour le loyer qui avait été impayé après la faillite du locataire mais avant le relouage des lieux. Le syndic de la faillite avait résilié le bail conformément aux droits reconnus aux syndics par les mesures législatives alors applicables, à savoir la loi fédérale sur la faillite et la loi provinciale régissant les rapports entre propriétaires et locataires. La clause de garantie qui figurait dans le bail résilié était rédigée ainsi :

[TRADUCTION] Les garants parties aux présentes, s'il en est, s'engagent, pour les cinq (5) premières années du bail qui est accordé par les présentes moyennant juste contrepartie, à garantir l'exécution par le locataire de toutes ses obligations découlant du présent bail, notamment son engagement de payer le loyer.

Le juge en chef Gale de la Haute Cour de l'Ontario a appliqué le raisonnement qu'avait suivi la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'arrêt *Stacey c. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660. Il a interprété la clause de garantie comme un simple cautionnement et il a conclu que, au moment où le syndic de faillite avait résilié le bail, les engagements du failli avaient été éteints. Comme l'obligation des garants consiste à assurer l'exécution de ces engagements, leurs obligations s'étaient éteintes en même temps que ces engagements. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision sans donner de motifs ([1965] 2 O.R. 157n).

L'arrêt *Cummer-Yonge* a engendré de l'incertitude dans le domaine de la location et de la faillite. Non seulement les rédacteurs de baux ont-ils tenté de contourner la conclusion de l'arrêt *Cummer-Yonge* en jouant sur la distinction entre obligation principale et obligation secondaire, mais les tribunaux ont eux aussi établi ce qu'on a décrit comme des [TRADUCTION] « distinctions tortueuses » pour rétablir la responsabilité des garants. Voir J. W. Lem

the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants" (1993), 1 *D.R.P.L.* 419, at p. 436.

40 Despite the division over *Cummer-Yonge*, the distinction between guarantors as having secondary obligations that disappear when a lease is disclaimed by a trustee in bankruptcy, and assignors as having primary obligations that survive a disclaimer, thrives in Canadian case law.

41 Not surprisingly, *Stacey v. Hill*, *supra*, led to a similar situation in England. In *Hindcastle Ltd. v. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737 (H.L.), Lord Nicholls, faced with facts involving a guarantor of an assignor of a lease, gave a convincing illustration of the absurdity of maintaining this distinction, at p. 754:

This would make no sort of legal or commercial sense. This would mean that directors who guarantee their company's obligations would *not* be liable if their *own* company became insolvent whilst tenant, but they *would* be liable if an *assignee* from their company encountered financial difficulties whilst tenant. Mr. Whitten, as guarantor of CIT's obligations, remains liable to the landlord. According to *Stacey v. Hill*, had he been a guarantor of Prest's liabilities [the assignee who became bankrupt], the disclaimer would have released him. What sort of a law would this be? [Emphasis in original.]

42 The House of Lords went on to overrule *Stacey v. Hill*. In my opinion, *Cummer-Yonge* should meet the same fate. Post-disclaimer, assignors and guarantors ought to be treated the same with respect to liability. The disclaimer alone should not relieve either from their contractual obligations.

43 The appellant submits that the English bankruptcy statute that was applied in *Hindcastle* clearly stated that disclaimer will not "affect the rights or liabilities of any other person", and that s. 65.2 of the Act has no similar wording. I agree with

et S. T. Proniuk, « Goodbye "Cummer-Yonge" : A Review of Modern Developments in the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants » (1993), 1 *D.R.P.L.* 419, p. 436.

Malgré les désaccords qui sont survenus à propos de l'arrêt *Cummer-Yonge*, demeure toujours bien vivante dans la jurisprudence canadienne la distinction voulant que les garants soient tenus à une obligation secondaire qui disparaît en cas de résiliation du bail par le syndic de faillite et que les cédants soient tenus à une obligation principale qui survit à cette résiliation.

Il n'est pas étonnant que l'arrêt *Stacey c. Hill*, précité, ait conduit à une situation similaire en Angleterre. Dans l'affaire *Hindcastle Ltd. c. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737 (H.L.), p. 754, en présence d'un litige concernant la caution du cédant d'un bail, lord Nicholls a illustré de manière convaincante l'absurdité du maintien de cette distinction :

[TRADUCTION] Un tel résultat n'aurait absolument aucun sens, ni sur le plan juridique ni sur le plan commercial. Il impliquerait que les administrateurs qui se portent garants des obligations de leur société *ne seraient pas* responsables si leur *propre* société devenait insolvable pendant qu'elle est locataire, mais qu'ils *seraient* responsables si un cessionnaire de leur société éprouvait des difficultés financières pendant qu'il est locataire. À titre de garant des obligations de CIT, M. Whitten demeure responsable envers le locateur. Suivant l'arrêt *Stacey c. Hill*, s'il avait été garant des obligations de Prest [le cessionnaire en faillite], la résiliation l'aurait libéré. Quelle sorte de règle de droit serait-ce donc? [En italique dans l'original.]

La Chambre des lords a par la suite infirmé l'arrêt *Stacey c. Hill*. À mon avis, l'arrêt *Cummer-Yonge* devrait subir le même sort. Après la résiliation d'un bail, cédants et garants devraient être assujettis à la même responsabilité. Le seul fait de la résiliation ne devrait libérer ni les uns ni les autres de leurs obligations contractuelles.

L'appelante a plaidé que la loi anglaise sur la faillite appliquée dans l'arrêt *Hindcastle* énonçait clairement que la résiliation [TRADUCTION] « n'a aucune incidence sur les droits ou obligations de toute autre personne », puis elle a ajouté que

the respondents' rebuttal to this argument that the English wording affirms' the ordinary construction of the statute. In other words, explicit statutory language is required to divest persons of rights they otherwise enjoy at law. As Carthy J.A. observed in the Court of Appeal, at paras. 11-12, the lease may have real value to the original tenant and, on the wording of s. 65.2, cannot be eliminated in the absence of the original tenant's agreement. In any event, so long as the doctrine of paramountcy is not triggered, federally regulated bankruptcy and insolvency proceedings cannot be used to subvert provincially regulated property and civil rights. See *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91.

As previously noted, the appellant sought to argue surrender in this Court despite not having pleaded surrender in either action as a defence, and not raising the issue before the motions judge or the Court of Appeal. Like the other defences, surrender represents an issue for trial. The decision whether to allow amendments to the pleadings, and on what terms if any, should be left to the trial judge.

VI. Disposition

I would dismiss the appeal and award the respondents their costs in this Court and below.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Aird & Berlis, Toronto.

Solicitors for the respondents: Glaholt & Associates, Toronto.

l'art. 65.2 ne comporte pas ces mots. Je suis d'accord avec la réponse des intimées à cet argument, à savoir que ce passage du texte de loi anglais exprime l'interprétation normale de cette loi. En d'autres mots, il faut une disposition législative explicite pour priver une personne de droits dont elle jouit par ailleurs en droit. Comme l'a fait observer le juge Carthy de la Cour d'appel, aux par. 11 et 12, le bail peut avoir une valeur réelle pour le locataire initial et le libellé de l'art. 65.2 ne permet pas d'éliminer le bail sans son accord. Quoiqu'il en soit, tant que la doctrine de la primauté des lois fédérales n'entre pas en jeu, on ne saurait utiliser des procédures en matière de faillite et d'insolvabilité régies par le droit fédéral pour écarter des droits de propriété et autres droits civils régis par le droit provincial. Voir *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91.

44
Comme il a été dit précédemment, l'appelante a voulu invoquer devant la Cour la défense d'abandon, bien qu'elle n'ait pas plaidé ce moyen dans ses actes de procédure dans l'une ou l'autre action ni soulevé cette question devant le juge des motions ou la Cour d'appel. Comme les autres moyens de défense, l'abandon est une question qui doit être débattue en première instance. La décision d'autoriser ou non la modification des actes de procédure et, dans l'affirmative, de dire à quelles conditions cela doit être fait, devrait être laissée au juge de première instance.

VI. Dispositif

45
Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder aux intimées leurs dépens tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Aird & Berlis, Toronto.

Procureurs des intimées : Glaholt & Associates, Toronto.

**Canadian Foundation for Children, Youth
and the Law Appellant**

v.

**Attorney General in Right of
Canada Respondent**

and

**Focus on the Family (Canada) Association,
Canada Family Action Coalition, Home
School Legal Defence Association of Canada
and REAL Women of Canada, together
forming the Coalition for Family Autonomy,
Canadian Teachers' Federation, Ontario
Association of Children's Aid Societies,
Commission des droits de la personne et des
droits de la jeunesse, on its own behalf and
on behalf of Conseil canadien des organismes
provinciaux de défense des droits des enfants
et des jeunes, and Child Welfare League of
Canada Interveners**

**INDEXED AS: CANADIAN FOUNDATION FOR
CHILDREN, YOUTH AND THE LAW v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

Neutral citation: 2004 SCC 4.

File No.: 29113.

2003: June 6; 2004: January 30.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision unconstitutionally vague or overbroad — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.

**Canadian Foundation for Children, Youth
and the Law Appelante**

c.

Procureur général du Canada Intimé

et

**Focus on the Family (Canada) Association,
Canada Family Action Coalition, Home
School Legal Defence Association of Canada
et VRAIES femmes du Canada, formant la
Coalition for Family Autonomy, Fédération
canadienne des enseignantes et des
enseignants, Association ontarienne des
sociétés de l'aide à l'enfance, Commission
des droits de la personne et des droits de
la jeunesse, en son propre nom et en celui
du Conseil canadien des organismes
provinciaux de défense des droits des enfants
et des jeunes, et Ligue pour le bien-être de
l'enfance du Canada Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : CANADIAN FOUNDATION FOR
CHILDREN, YOUTH AND THE LAW c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2004 CSC 4.

Nº du greffe : 29113.

2003 : 6 juin; 2004 : 30 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition est-elle inconstitutionnellement imprécise ou a-t-elle une portée excessive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision infringes right not to be subject to cruel and unusual treatment or punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Children — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision infringes right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.

Section 43 of the *Criminal Code* justifies the reasonable use of force by way of correction by parents and teachers against children in their care. The appellant sought a declaration that s. 43 violates ss. 7, 12 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge and the Court of Appeal rejected the appellant's contentions and refused to issue the declaration requested.

Held (Binnie J. dissenting in part; Arbour and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and LeBel JJ.: Section 43 of the *Criminal Code* does not offend s. 7 of the *Charter*. While s. 43 adversely affects children's security of the person, it does not offend a principle of fundamental justice. First, s. 43 provides adequate procedural safeguards to protect this interest, since the child's interests are represented at trial by the Crown. Second, it is not a principle of fundamental justice that laws affecting children must be in their best interests. Thirdly, s. 43, properly construed, is not unduly vague or overbroad; it sets real boundaries and delineates a risk zone for criminal sanction and avoids discretionary law enforcement. The force must have been intended to be for educative or corrective purposes, relating to restraining, controlling or expressing disapproval of the actual behaviour of a child capable of benefiting from the correction. While the words "reasonable under the circumstances" on their face are broad, implicit limitations add precision. Section 43 does not extend to an application of force that results in harm or the prospect of harm. Determining what is "reasonable under the circumstances" in the case of child discipline is assisted by Canada's international treaty obligations, the

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Enfants — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.

L'article 43 du *Code criminel* prévoit que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer raisonnablement la force pour corriger un enfant confié à ses soins. L'appelante sollicite un jugement déclarant que l'art. 43 viole les art. 7 et 12 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont rejeté les prétentions de l'appelante et refusé de rendre le jugement déclaratoire demandé.

Arrêt (le juge Binnie est dissident en partie; les juges Arbour et Deschamps sont dissidentes) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et LeBel : L'article 43 du *Code criminel* ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Bien qu'il porte atteinte au droit des enfants à la sécurité de leur personne, l'art. 43 ne viole aucun principe de justice fondamentale. Premièrement, l'art. 43 offre des garanties procédurales suffisantes pour protéger ce droit, étant donné que le ministère public représente les intérêts de l'enfant au procès. Deuxièmement, aucun principe de justice fondamentale ne veut que les règles de droit touchant les enfants servent leur intérêt supérieur. Troisièmement, l'art. 43, interprété correctement, n'est pas trop imprécis et n'a pas une portée excessive; en plus de tracer de vraies lignes de démarcation et de délimiter une sphère de risque de sanctions pénales, il empêche l'application discrétionnaire de la loi. L'emploi de la force doit viser à éduquer ou à corriger — c'est-à-dire à contrôler le comportement réel d'un enfant sur lequel la correction peut avoir un effet bénéfique, ou à mettre fin à ce comportement ou encore à exprimer une certaine désapprobation symbolique à cet égard. Bien qu'à première vue l'expression « raisonnable dans les circonstances » soit générale, des limites implicites contribuent à en

circumstances in which the discipline occurs, social consensus, expert evidence and judicial interpretation. When these considerations are taken together, a solid core of meaning emerges for "reasonable under the circumstances", sufficient to establish a zone in which discipline risks criminal sanction.

The conduct permitted by s. 43 does not involve "cruel and unusual" treatment or punishment by the state and therefore does not offend s. 12 of the *Charter*. Section 43 permits only corrective force that is reasonable. Conduct cannot be at once both reasonable and an outrage to standards of decency.

Section 43 does not discriminate contrary to s. 15(1) of the *Charter*. A reasonable person acting on behalf of a child, apprised of the harms of criminalization that s. 43 avoids, the presence of other governmental initiatives to reduce the use of corporal punishment, and the fact that abusive and harmful conduct is still prohibited by the criminal law, would not conclude that the child's dignity has been offended in the manner contemplated by s. 15(1). While children need a safe environment, they also depend on parents and teachers for guidance and discipline, to protect them from harm and to promote their healthy development within society. Section 43 is Parliament's attempt to accommodate both of these needs. It provides parents and teachers with the ability to carry out the reasonable education of the child without the threat of sanction by the criminal law. Without s. 43, Canada's broad assault law would criminalize force falling far short of what we think of as corporal punishment. The decision not to criminalize such conduct is not grounded in devaluation of the child, but in a concern that to do so risks ruining lives and breaking up families — a burden that in large part would be borne by children and outweigh any benefit derived from applying the criminal process.

Per Binnie J. (dissenting in part): By denying children the protection of the criminal law against the infliction of physical force that would be criminal assault if used against an adult, s. 43 of the *Criminal Code* infringes children's equality rights guaranteed by s. 15(1) of the

préciser le sens. L'article 43 ne s'applique pas à l'emploi de la force qui cause ou risque de causer un préjudice. Les obligations découlant des traités internationaux dont le Canada est signataire, les circonstances dans lesquelles la correction est infligée, le consensus social, la preuve d'expert et l'interprétation judiciaire aident à déterminer ce qui est « raisonnable dans les circonstances » en matière de correction infligée à un enfant. Prises ensemble, ces considérations permettent de dégager de l'expression « raisonnable dans les circonstances » un sens fondamental solide qui est suffisant pour délimiter une sphère à l'intérieur de laquelle la correction infligée risque de donner lieu à des sanctions pénales.

La conduite autorisée par l'art. 43 ne comprend pas un traitement ou une peine « cruel et inusité » infligé par l'État et ne contrevient donc pas à l'art. 12 de la *Charte*. L'article 43 ne permet que l'emploi d'une force raisonnable pour infliger une correction. Une conduite ne peut pas être à la fois raisonnable et incompatible avec la dignité humaine.

L'article 43 n'est pas discriminatoire et ne contrevient donc pas au par. 15(1) de la *Charte*. Une personne raisonnable qui agit pour le compte d'un enfant et qui est consciente des effets néfastes de la criminalisation que permet d'éviter l'art. 43, de l'existence d'autres initiatives gouvernementales visant à réduire le recours aux châtiments corporels et du fait qu'une conduite abusive et préjudiciable est toujours interdite par le droit criminel, ne conclurait pas qu'une atteinte à la dignité de l'enfant a été portée de la manière prévue au par. 15(1). Les enfants ont besoin d'un milieu sûr, mais ils dépendent aussi de leurs parents et de leurs instituteurs pour les guider et les discipliner, pour empêcher qu'on leur fasse du mal et pour favoriser leur sain développement dans la société. À l'article 43, le législateur tente de répondre à chacun de ces besoins. Il donne aux parents et aux instituteurs la capacité d'assurer à l'enfant une éducation raisonnable sans encourir de sanctions pénales. Sans l'article 43, le droit canadien général en matière de voies de fait criminaliserait l'emploi de la force qui ne correspond pas à notre perception du châtiment corporel. La décision de ne pas criminaliser une telle conduite est fondée non pas sur une dévalorisation de l'enfant, mais sur la crainte que la criminalisation de cette conduite détruise des vies et disloque des familles — un fardeau qui, dans une large mesure, serait supporté par les enfants et éclipserait tout avantage susceptible d'émaner du processus pénal.

*Le juge Binnie (dissident en partie) : En privant les enfants de la protection du droit criminel contre l'emploi de la force physique, alors que l'emploi de cette force contre un adulte constituerait une infraction criminelle de voies de fait, l'art. 43 du *Code criminel* porte atteinte aux*

Charter. To deny protection against physical force to children at the hands of their parents and teachers is not only disrespectful of a child's dignity but turns the child, for the purpose of the *Criminal Code*, into a second class citizen. Such marginalization is destructive of dignity from any perspective, including that of a child. Protection of physical integrity against the use of unlawful force is a fundamental value that is applicable to all.

The majority in this case largely dismisses the s. 15(1) challenge because of the alleged correspondence between the actual needs and circumstances of children and the diminished protection they enjoy under s. 43. In the majority view, the objective of substantive equality (as distinguished from formal equality) calls for the differential treatment of children. Here, however, the "correspondence" factor is used as a sort of Trojan horse to bring into s. 15(1) matters that are more properly regarded as "reasonable limits . . . demonstrably justified in a free and democratic society" (s. 1). Section 43 protects parents and teachers, not children. The justification for their immunity should be dealt with under s. 1.

The use of force against a child, which in the absence of s. 43 would result in a criminal conviction, cannot be said to "correspond" to a child's "needs, capacities and circumstances" from the vantage point of a reasonable person acting on behalf of a child who seriously considers and values the child's views and developmental needs. Furthermore, the use of the "correspondence" factor to deny equality relief to children in this case is premised on the view that the state has good reason for treating children differently because of the role and importance of family life in our society. However, to proceed in this way just incorporates the "legitimate objective" element from the s. 1 *Oakes* test into s. 15, while incidentally switching the onus to the rights claimant to show the legislative objective is not legitimate, and relieving the government of the onus of demonstrating proportionality, including minimal impairment. This denies children the protection of their right to equal treatment.

The infringement of children's equality rights is saved by s. 1 of the *Charter* in relation to parents and persons standing in the place of parents. The objective of s. 43 of

droits des enfants à l'égalité que leur garantit le par. 15(1) de la *Charte*. Le refus aux enfants de la protection contre l'emploi de la force physique par leurs pères, mères et instituteurs non seulement porte atteinte à la dignité de l'enfant, mais en fait un citoyen de deuxième ordre pour l'application du *Code criminel*. Pareille marginalisation porte atteinte à la dignité, quelle que soit la perspective adoptée, y compris celle d'un enfant. La protection de l'intégrité physique contre l'emploi d'une force illégale est une valeur fondamentale qui s'applique à tous.

En l'espèce, la majorité rejette en grande partie le pourvoi fondé sur le par. 15(1) en raison de la correspondance alléguée entre, d'une part, les besoins et la situation véritables des enfants et, d'autre part, la protection réduite dont ils bénéficient en vertu de l'art. 43. Selon l'opinion majoritaire, l'objectif visé par l'égalité réelle (par opposition à l'égalité formelle) commande un traitement différent pour les enfants. Toutefois, le facteur de la « correspondance » est utilisé ici comme une sorte de cheval de Troie pour introduire dans l'application du par. 15(1) des questions qu'il convient plutôt de considérer sous l'angle des « limites [...] raisonnables [...] dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (art. 1). L'article 43 protège les pères, mères et instituteurs, et non les enfants. La justification de leur immunité devrait être abordée sous le régime de l'article premier.

On ne saurait prétendre que le recours à la force contre un enfant — qui, en l'absence de l'art. 43, aboutirait à une condamnation pénale — « correspond » aux « besoins, capacités et situation » de l'enfant lorsqu'on adopte le point de vue privilégié d'une personne raisonnable agissant pour le compte d'un enfant, qui examine et évalue sérieusement le point de vue de l'enfant et ses besoins de développement. En outre, l'utilisation du facteur de la « correspondance » pour refuser aux enfants une réparation fondée sur le droit à l'égalité en l'espèce s'appuie sur l'idée que l'État a une bonne raison de traiter les enfants différemment en raison du rôle et de l'importance de la vie familiale dans notre société. Toutefois, en procédant de cette manière, on ne fait qu'incorporer à l'art. 15 l'élément de l'« objectif légitime » tiré du critère d'application de l'article premier établi dans *Oakes*, tout en transférant de façon incidente à la personne qui fait valoir ses droits le fardeau de démontrer que l'objectif législatif n'est pas légitime, et en relevant le gouvernement de la charge d'établir la proportionnalité, y compris l'atteinte minimale. Cela prive les enfants de leur droit à l'égalité de traitement.

L'atteinte aux droits des enfants à l'égalité est validé par l'article premier de la *Charte* en ce qui concerne les pères et mères ainsi que les personnes qui les remplacent.

limiting the intrusion of the *Criminal Code* into family life is pressing and substantial and providing a defence to a criminal prosecution in the circumstances stated in s. 43 is rationally connected to that objective. As to minimal impairment, the wording of s. 43 not only permits calibration of the immunity to different circumstances and children of different ages, but it allows for adjustment over time. The proportionality requirements are met by Parliament's limitation of the s. 43 defence to circumstances where: (i) the force is for corrective purposes, and (ii) the measure of force is shown to be reasonable in the circumstances. What is reasonable in relation to achievement of the legitimate legislative objective will not, by definition, be disproportionate to such achievement. Moreover, the salutary effects of s. 43 exceed its potential deleterious effects when one considers that the assault provisions of the *Criminal Code* are just a part, and perhaps a less important part, of the overall protections afforded to children by child welfare legislation. To deny children the ability to have their parents successfully prosecuted for reasonable corrective force under the *Criminal Code* does not leave them without effective recourse. It just helps to keep the family out of the criminal courts. Section 43 in relation to parents is justified on this basis.

The extension of s. 43 protection to teachers has not been justified under the s. 1 test. Parents and teachers play very different roles in a child's life and there is no reason why they should be treated on the same legal plane for the purposes of the *Criminal Code*. The logic for keeping criminal sanctions out of the schools is much less compelling than for keeping them out of the home. While order in the schools is a legitimate objective, giving non-family members an immunity for the criminal assault of children "by way of correction" is not a reasonable or proportionate legislative response to that problem. Section 43 does not minimally impair the child's equality right, and is not a proportionate response to the problem of order in the schools.

Per Arbour J. (dissenting): Section 43 of the *Criminal Code* can only be restrictively interpreted if the law, as it stands, offends the Constitution and must therefore be curtailed. Absent such constitutional restraints, it is neither the historic nor the proper role of courts to enlarge criminal responsibility by limiting defences enacted by Parliament. The reading down of a statutory defence amounts to an abandonment by the courts of their proper role in the criminal process. Nothing in the words of s. 43,

L'objectif de l'art. 43, qui consiste à limiter l'ingérence du *Code criminel* dans la vie familiale, est urgent et réel et l'établissement d'un moyen de défense contre une poursuite pénale dans les circonstances mentionnées à l'art. 43 a un lien rationnel avec cet objectif. Quant à l'atteinte minimale, le libellé de l'art. 43 permet non seulement de doser l'immunité en fonction des différentes circonstances et de l'âge des enfants, mais aussi d'apporter des ajustements au fil du temps. Le législateur a satisfait aux exigences de la proportionnalité en limitant l'application du moyen de défense fondé sur l'art. 43 aux cas où : (i) la force vise à corriger, et (ii) la force employée ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances. Ce qui est raisonnable en regard de la réalisation de l'objectif législatif légitime ne sera pas, par définition, disproportionné par rapport à cette réalisation. En outre, les effets bénéfiques de l'art. 43 l'emportent sur ses effets préjudiciables éventuels lorsque l'on considère que les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait ne représentent qu'une fraction, et peut-être la fraction la moins importante, de l'ensemble des protections que les lois sur le bien-être de l'enfance accordent aux enfants. Priver les enfants de la possibilité de faire condamner leur père ou leur mère sous le régime du *Code criminel* pour avoir employé une force raisonnable pour les corriger ne prive pas les enfants de tout recours efficace. Cette mesure contribue seulement à tenir la famille à l'écart des cours criminelles. Pour cette raison, l'art. 43 est justifié en ce qui concerne les pères et mères.

L'élargissement de la protection de l'art. 43 aux instituteurs n'a pas été justifié au sens de l'article premier. Les pères et mères et les instituteurs jouent des rôles très différents dans la vie d'un enfant, et rien ne justifie qu'ils reçoivent un traitement juridique identique pour l'application du *Code criminel*. Il est beaucoup moins impéieux de garder les écoles que les foyers à l'abri des sanctions pénales. Bien que l'ordre dans les écoles soit un objectif légitime, le fait d'accorder une immunité à des personnes extérieures à la famille ayant commis des voies de fait « pour corriger » des enfants n'est pas une solution législative raisonnable ou proportionnée à ce problème. L'article 43 ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits des enfants à l'égalité et il ne constitue pas une réponse proportionnée au problème de l'ordre dans les écoles.

La juge Arbour (dissidente) : L'article 43 du *Code criminel* ne pourra recevoir une interprétation restrictive que si, dans son état actuel, il viole la Constitution et si, pour cette raison, une restriction de sa portée s'impose. En l'absence de telles contraintes constitutionnelles, le rôle des tribunaux ne consiste pas et n'a jamais consisté à élargir le champ de la responsabilité criminelle en limitant le recours aux moyens de défense prévus par le législateur. L'interprétation atténuée du moyen de défense prévu par

properly construed, suggests that Parliament intended that some conduct be excluded at the outset from the scope of its protection. This is the law as we must take it in order to assess its constitutionality. To essentially rewrite it before validating its constitutionality is to hide the constitutional imperative.

Section 43 of the *Criminal Code* infringes the rights of children under s. 7 of the *Charter*. The phrase “reasonable under the circumstances” in s. 43 violates children’s security of the person interest and the deprivation is not in accordance with the relevant principle of fundamental justice, in that it is unconstitutionally vague. A vague law violates the principles of fundamental justice because it does not provide “fair warning” to individuals as to the legality of their actions and because it increases the amount of discretion given to law enforcement officials in their application of the law, which may lead to arbitrary enforcement. There is no need to speculate about whether s. 43 is capable, in theory, of circumscribing an acceptable level of debate about the scope of its application. Canadian courts have been unable to articulate a legal framework for s. 43 despite attempts to establish guidelines and have been at a loss to appreciate the “reasonableness” referred to by Parliament. “Reasonableness” with respect to s. 43 is linked to public policy issues and one’s own sense of parental authority and always entails an element of subjectivity. Conceptions of what is “reasonable” in terms of the discipline of children, whether physical or otherwise, vary widely, and often engage cultural and religious beliefs as well as political and ethical ones. While it may work well in other contexts, in this one the term “reasonable force” has proven not to be a workable standard and the lack of clarity is particularly problematic here because the rights of children are engaged. The restrictions put forth by the majority with respect to the scope of the defence in s. 43 have not emerged from the existing case law. These restrictions are far from self-evident and would not have been anticipated by many parents, teachers or enforcement officials. Attempts at judicial interpretation which would structure the discretion in s. 43 have failed to provide coherent or cogent guidelines that would meet the standard of notice and specificity generally required in the criminal law.

la loi constitue une renonciation par les tribunaux au rôle qu’ils doivent jouer en matière criminelle. Rien dans l’art. 43, interprété correctement, n’indique que le législateur a voulu qu’un comportement échappe d’emblée à sa protection. C’est ainsi qu’il faut interpréter la règle de droit en cause pour en évaluer la constitutionnalité. Récrire pour ainsi dire la loi de manière à pouvoir en confirmer la constitutionnalité revient à masquer l’impératif constitutionnel.

L’article 43 du *Code criminel* porte atteinte aux droits que l’art. 7 de la *Charte* garantit aux enfants. L’expression « raisonnable dans les circonstances », employée à l’art. 43, porte atteinte au droit de l’enfant à la sécurité de sa personne et cette atteinte n’est pas conforme au principe de justice fondamentale applicable, en raison de l’imprécision inconstitutionnelle de l’expression en cause. Une règle de droit imprécise viole les principes de justice fondamentale du fait qu’elle ne donne pas au citoyen un « avertissement raisonnable » quant à la légalité de ses actes et qu’elle accroît le pouvoir discrétionnaire des responsables de son application, ce qui peut donner lieu à des mesures arbitraires. Il n’est pas nécessaire de se demander si, en théorie, l’art. 43 est susceptible de circonscrire dans une mesure acceptable le débat concernant son champ d’application. Malgré leurs tentatives d’établir des lignes directrices, les tribunaux canadiens ont été incapables de définir un cadre juridique pour l’art. 43 et ont été incapables d’apprécier le « caractère raisonnable » mentionné par le législateur. Le « caractère raisonnable », en ce qui concerne l’art. 43, est lié à des questions d’ordre public et à la perception que chacun a de l’autorité parentale et comporte toujours un aspect subjectif. Les conceptions de ce qui est « raisonnable » en matière de châtiment corporel ou autre d’un enfant varient énormément et mettent souvent en jeu des convictions culturelles et religieuses, aussi bien que politiques et morales. Aussi utile qu’elle puisse être dans d’autres contextes, la norme de la « force raisonnable » s’est révélée inapplicable dans le contexte qui nous occupe, et le manque de clarté est particulièrement problématique en l’espèce du fait que les droits des enfants sont en jeu. Les restrictions auxquelles les juges majoritaires assujettissent la portée du moyen de défense prévu à l’art. 43 ne ressortent pas de la jurisprudence existante. Ces restrictions sont loin d’être évidentes et n’auraient pas été prévues par bien des parents, instituteurs ou responsables de l’application de la loi. Les tentatives des tribunaux d’interpréter l’art. 43 de manière à encadrer le pouvoir discrétionnaire qui y est conféré n’ont pas permis de dégager des lignes directrices cohérentes et solides satisfaisant à la norme d’avertissement et de précision généralement prescrite en droit criminel.

Since s. 43 is unconstitutionally vague, it cannot pass the “prescribed by law” requirement in s. 1 of the *Charter* or the minimal impairment stage of the *Oakes* test and accordingly cannot be saved under that section. Striking down the provision is the most appropriate remedy, as Parliament is best equipped to reconsider this vague and controversial provision. Striking down s. 43 will not expose parents and persons standing in the place of parents to the blunt instrument of the criminal law for every minor instance of technical assault. The common law defences of necessity and *de minimis* adequately protect parents and teachers from excusable and/or trivial conduct. The defence of necessity rests upon a realistic assessment of human weaknesses and recognizes that there are emergency situations where the law does not hold people accountable if the ordinary human instincts overwhelmingly impel disobedience in the pursuit of self-preservation or the preservation of others. Because the s. 43 defence only protects parents who apply force for corrective purposes, the common law may have to be resorted to in any event in situations where parents forcibly restrain children incapable of learning, to ensure the child’s safety, for example. With respect to the common law defence of *de minimis*, an appropriate expansion in the use of that defence would assist in ensuring that trivial, technical violations of the assault provisions of the *Criminal Code* do not attract criminal sanctions.

Per Deschamps J. (dissenting): The ordinary and contextual meaning of s. 43 cannot bear the restricted interpretation proposed by the majority. Section 43 applies to and justifies an extensive range of conduct, including serious uses of force against children. There was agreement with Arbour J. that the body of case law applying s. 43 is evidence of its broad parameters and wide scope. Where, as here, the text of the provision does not support a severely restricted scope of conduct that would avoid constitutional disfavour, the Court cannot read the section down to create a constitutionally valid provision. It is the duty of the Court to determine the intent of the legislator by looking at the text, context and purpose of the provision.

Section 43 infringes the equality guarantees of children under s. 15(1) of the *Charter*. On its face, as well as

Vu qu'il est inconstitutionnellement imprécis, l'art. 43 ne peut satisfaire à l'exigence de la restriction prescrite par une « règle de droit » prévue à l'article premier de la *Charte* ni au volet de l'atteinte minimale que comporte le critère de larrêt *Oakes* et ne peut donc pas être sauvégardé en application de l'article premier. L'invalidation de l'art. 43 pour cause d'imprécision est la réparation la plus convenable, étant donné que c'est le législateur qui est le mieux en mesure de revoir cette disposition imprécise et controversée. Elle n'exposera pas les parents et les personnes qui les remplacent à l'application systématique du droit criminel pour le moindre geste qui constitue, strictement parlant, des voies de fait. Les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et le principe *de minimis* protègent suffisamment ceux et celles, parmi eux, qui adoptent un comportement excusable ou anodin. La nécessité comme moyen de défense repose sur une constatation réaliste de la faiblesse humaine et reconnaît que, dans certaines situations urgentes, la loi ne tient pas les gens responsables lorsque leur instinct normal les pousse à l'enfreindre pour se protéger eux-mêmes ou pour protéger autrui. Comme le moyen de défense prévu à l'art. 43 protège seulement le père ou la mère qui emploie la force pour infliger une correction, il peut, de toute façon, se révéler nécessaire de recourir à la common law dans le cas d'un père ou d'une mère qui emploie la force pour retenir un enfant incapable de tirer une leçon de ce qui lui arrive, afin notamment d'assurer la sécurité de cet enfant. Quant au moyen de défense fondé sur le principe *de minimis*, l'élargissement approprié de la possibilité d'invoquer ce moyen de défense contribuerait à soustraire à des sanctions pénales la personne qui a, strictement parlant, commis une violation minime des dispositions en matière de voies de fait du *Code criminel*.

La juge Deschamps (dissidente) : Le sens ordinaire et contextuel de l'art. 43 ne peut recevoir l'interprétation stricte proposée par la majorité. L'article 43 englobe et justifie une vaste gamme de comportements, y compris des formes sévères de recours à la force contre les enfants. Il y a accord avec la juge Arbour pour dire que l'ensemble de la jurisprudence portant sur l'art. 43 témoigne de ses larges paramètres et de sa portée étendue. Lorsque, comme en l'occurrence, les termes de la disposition ne permettent pas d'en limiter la portée aux seuls comportements qui échapperaient à une désapprobation constitutionnelle, la Cour ne peut l'interpréter en en limitant la portée de manière à créer une disposition valide sur le plan constitutionnel. La tâche de la Cour consiste à dégager l'intention du législateur en examinant le libellé de la disposition, son contexte et son objet.

L'article 43 viole les droits à l'égalité que le par. 15(1) de la *Charte* garantit aux enfants. L'article 43 crée,

in its result, s. 43 creates a distinction between children and others which is based on the enumerated ground of age. Moreover, the distinction or differential treatment under s. 43 constitutes discrimination. The government's explicit choice not to criminalize some assaults against children violates their dignity. First, there is clearly a significant interest at stake because the withdrawal of the protection of the criminal law for incursions on one's physical integrity would lead the reasonable claimant to believe that her or his dignity is being harmed. Second, children as a group face pre-existing disadvantage in our society and have been recognized as a vulnerable group time and again by legislatures and courts. Third, the proposed ameliorative purposes or effects factor does not apply and has only a neutral impact on the analysis. Lastly, s. 43 perpetuates the notion of children as property rather than human beings and sends the message that their bodily integrity and physical security is to be sacrificed to the will of their parents, however misguided. Far from corresponding to the actual needs and circumstances of children, s. 43 compounds the pre-existing disadvantage of children as a vulnerable and often-powerless group whose access to legal redress is already restricted.

The infringement of s. 15(1) is not justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. The legislative objective behind s. 43 of recognizing that parents and teachers require reasonable latitude in carrying out the responsibility imposed by law to provide for their children, to nurture them, and to educate them is pressing and substantial. As well, there does appear to be a rational connection between the objective and limiting the application of the criminal law in the parent-child or teacher-pupil relationship. However, it is clear that less intrusive means were available that would have been more appropriately tailored to the objective. Section 43 could have been defined in such a way as to be limited only to very minor applications of force rather than being broad enough to capture more serious assaults on a child's body. It could also have been better tailored in terms of those to whom it applies, those whom it protects, and the scope of conduct it justifies. A consideration of the proportionality between the salutary and deleterious effects of the application of s. 43 also supports the conclusion that the proportionality part of the *Oakes* test has not been met. The deleterious effects impact upon such a core right of children as a vulnerable group that the salutary effects must be extremely compelling to be proportional. The discrimination represented by s. 43 produces the most drastic effect in sending the message that children, as a group, are

à la fois par son libellé et par ses effets, une distinction entre les enfants et les autres personnes qui est fondée sur un motif énuméré : l'âge. De plus, la distinction ou la différence de traitement établie par l'art. 43 est discriminatoire. Le choix explicite du gouvernement de ne pas criminaliser certaines voies de fait commises contre les enfants porte atteinte à leur dignité. Premièrement, il est clair qu'un droit important est en jeu, parce que le retrait de la protection du droit criminel contre les atteintes à l'intégrité physique amènerait le demandeur raisonnable à croire que sa dignité est compromise. Deuxièmement, les enfants, en tant que groupe, subissent un désavantage préexistant dans notre société et les législatures et les tribunaux ont maintes fois reconnu qu'ils formaient un groupe vulnérable. Troisièmement, le facteur de l'objet ou de l'effet proposé ne s'applique pas et n'a qu'une incidence neutre sur l'analyse. Enfin, l'art. 43 perpétue l'idée que les enfants sont des possessions plutôt que des êtres humains, et il transmet le message que leur intégrité et leur sécurité physiques doivent être sacrifiées à la volonté de leurs père et mère, aussi peu judicieuse soit-elle. Loin de correspondre à leurs besoins et à leur situation véritables, l'art. 43 accentue le désavantage préexistant que subissent les enfants à titre de groupe vulnérable et souvent impuissant, pour qui l'accès à la justice en vue d'obtenir réparation est déjà limité.

Cette violation du par. 15(1) ne constitue pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif législatif qui sous-tend l'art. 43 et consiste à reconnaître que les pères, mères et instituteurs ont besoin d'une marge de manœuvre raisonnable pour s'acquitter de la responsabilité que la loi leur impose de subvenir aux besoins de leurs enfants, de les éléver et de les éduquer est urgent et réel. Par ailleurs, il semble exister un lien rationnel entre cet objectif et la décision de limiter l'application du droit pénal dans la relation parent-enfant ou instituteur-élève. Cependant, il est clair qu'il existait des mesures moins attentatoires et mieux adaptées à l'objectif législatif. L'article 43 aurait pu être rédigé en des termes qui en limitent l'application à l'emploi d'une force très légère, plutôt qu'en des termes assez généraux pour englober des voies de fait plus graves commises contre un enfant. Il aurait aussi pu cibler plus précisément les personnes qu'il vise, celles qu'il protège et la portée de la conduite qu'il justifie. L'examen de la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de l'application de l'art. 43 appuie aussi la conclusion qu'il n'a pas été satisfait à la partie du test établi dans l'arrêt *Oakes* qui concerne la proportionnalité. Les effets préjudiciables touchent un droit si fondamental pour le groupe vulnérable que sont les enfants que les effets bénéfiques doivent être extrêmement convaincants pour être proportionnels.

less worthy of protection of their bodies than anyone else.

The striking down of s. 43 is the only appropriate remedy in this case and s. 43 should be severed from the rest of the *Criminal Code*. It does not measure up to *Charter* standards and, thus, must cede to the supremacy of the Constitution to the extent of any inconsistency.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173; *R. v. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; Eur. Court H. R., *A. v. United Kingdom*, judgment of 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI; *R. v. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84.

By Binnie J. (dissenting in part)

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *Streng v. Township of Winchester* (1986), 31 D.L.R. (4th) 734; *Jones v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 737; *Piercey v. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Nova*

La discrimination qu'entraîne l'art. 43 produit les conséquences les plus radicales en transmettant le message que les enfants, en tant que groupe, sont moins dignes que n'importe qui d'autre d'être protégés contre une atteinte physique.

L'invalidation de l'art. 43 est la seule réparation appropriée en l'espèce et l'art. 43 devrait être dissocié du reste du *Code criminel*. Il ne satisfait pas aux normes établies par la *Charte* et, par conséquent, la primauté de la Constitution commande qu'il soit écarté dans la mesure de cette incompatibilité.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Grayned c. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173; *R. c. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; Cour eur D. H., arrêt *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI; *R. c. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84.

Citée par le juge Binnie (dissident en partie)

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *Streng c. Township of Winchester* (1986), 31 D.L.R. (4th) 734; *Jones c. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 737; *Piercey c. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Nouvelle-*

Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

By Arbour J. (dissenting)

R. v. Pickard, [1995] B.C.J. No. 2861 (QL); *R. v. G.C.C.* (2001), 206 Nfld. & P.E.I.R. 231; *R. v. Fritz* (1987), 55 Sask. R. 302; *R. v. Bell*, [2001] O.J. No. 1820 (QL); *R. v. N.S.*, [1999] O.J. No. 320 (QL); *R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38; *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24; *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453; *R. v. Wetmore* (1996), 172 N.B.R. (2d) 224; *R. v. Graham* (1995), 160 N.B.R. (2d) 306; *R. v. Plourde* (1993), 140 N.B.R. (2d) 273; *R. v. Caouette*, [2002] Q.J. No. 1055 (QL); *R. v. Skidmore*, Ont. C.J., No. 8414/99, June 27, 2000; *R. v. Gallant* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. v. Fonder*, [1993] Q.J. No. 238 (QL); *R. v. James*, [1998] O.J. No. 1438 (QL); *R. v. Wood* (1995), 176 A.R. 223; *R. v. Vivian*, [1992] B.C.J. No. 2190 (QL); *R. v. Murphy* (1996), 108 C.C.C. (3d) 414; *R. v. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108; *R. v. Goforth* (1991), 98 Sask. R. 26; *R. v. Wheeler*, [1990] Y.J. No. 191 (QL); *R. v. V.L.*, [1995] O.J. No. 3346 (QL); *R. v. Holmes*, [2001] Q.J. No. 7640 (QL); *R. v. Harriott* (1992), 128 N.B.R. (2d) 155; *R. v. Atkinson*, [1994] 9 W.W.R. 485; *R. v. L.A.K.* (1992), 104 Nfld. & P.E.I.R. 118; *R. v. Robinson*, [1986] Y.J. No. 99 (QL); *R. v. V.H.*, [2001] N.J. No. 307 (QL); *R. v. O.J.*, [1996] O.J. No. 647 (QL); *R. v. Dunfield* (1990), 103 N.B.R. (2d) 172; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Manning* (1994), 31 C.R. (4th) 54; *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163; *R. v. Kormos* (1998), 14 C.R.

Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Citée par la juge Arbour (dissidente)

R. c. Pickard, [1995] B.C.J. No. 2861 (QL); *R. c. G.C.C.* (2001), 206 Nfld. & P.E.I.R. 231; *R. c. Fritz* (1987), 55 Sask. R. 302; *R. c. Bell*, [2001] O.J. No. 1820 (QL); *R. c. N.S.*, [1999] O.J. No. 320 (QL); *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38; *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24; *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. c. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453; *R. c. Wetmore* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 224; *R. c. Graham* (1995), 160 R.N.-B. (2^e) 306; *R. c. Plourde* (1993), 140 R.N.-B. (2^e) 273; *R. c. Caouette*, [2002] J.Q. n° 1055 (QL); *R. c. Skidmore*, C.J. Ont. n° 8414/99, 27 juin 2000; *R. c. Gallant* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. c. Fonder*, [1993] A.Q. n° 238 (QL); *R. c. James*, [1998] O.J. No. 1438 (QL); *R. c. Wood* (1995), 176 A.R. 223; *R. c. Vivian*, [1992] B.C.J. No. 2190 (QL); *R. c. Murphy* (1996), 108 C.C.C. (3d) 414; *R. c. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108; *R. c. Goforth* (1991), 98 Sask. R. 26; *R. c. Wheeler*, [1990] Y.J. No. 191 (QL); *R. c. V.L.*, [1995] O.J. No. 3346 (QL); *R. c. Holmes*, [2001] J.Q. n° 7640 (QL); *R. c. Harriott* (1992), 128 R.N.-B. (2^e) 155; *R. c. Atkinson*, [1994] 9 W.W.R. 485; *R. c. L.A.K.* (1992), 104 Nfld. & P.E.I.R. 118; *R. c. Robinson*, [1986] Y.J. No. 99 (QL); *R. c. V.H.*, [2001] N.J. No. 307 (QL); *R. c. O.J.*, [1996] O.J. No. 647 (QL); *R. c. Dunfield* (1990), 103 R.N.-B. (2^e) 172; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Manning* (1994), 31 C.R. (4th) 54; *R. c. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163; *R. c. Kormos* (1998),

(5th) 312; *The "Reward"* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *R. v. Overvold* (1972), 9 C.C.C. (2d) 517; *R. v. S.* (1974), 17 C.C.C. (2d) 181; *R. v. McBurney* (1974), 15 C.C.C. (2d) 361, aff'd (1975), 24 C.C.C. (2d) 44; *R. v. Li* (1984), 16 C.C.C. (3d) 382; *R. v. Lepage* (1989), 74 C.R. (3d) 368; *R. v. Matsuba* (1993), 137 A.R. 34; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Hinckley*, [1996] 3 S.C.R. 1128.

By Deschamps J. (dissenting)

Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Age of Majority and Accountability Act, R.S.O. 1990, c. A.7, s. 1.

Canada Shipping Act, 2001, S.C. 2001, c. 26, s. 294 (not yet in force).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 12, 15(1).

Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 1(a).

Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 19(a).

Constitution Act, 1982, s. 52.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Can. T.S. 1982 No. 31, Arts. 5(b), 16(1)(d).

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 3(1), 5, 19(1), 37(a), 43(1).

Crimes Act 1961 (N.Z.), 1961, No. 43, s. 59.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 [am. 1994, c. 44, s. 2(2)], 8(3), 9, 27, 30, 32, 34, 35, 37, 39, 40, 41, 43, 44 [rep. 2001, c. 26, s. 294 (not yet in force)], 45, 232, 265, 267 [repl. 1994, c. 44, s. 17], 273.2(b)

14 C.R. (5th) 312; *The « Reward »* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *R. c. Overvold* (1972), 9 C.C.C. (2d) 517; *R. c. S.* (1974), 17 C.C.C. (2d) 181; *R. c. McBurney* (1974), 15 C.C.C. (2d) 361, conf. par (1975), 24 C.C.C. (2d) 44; *R. c. Li* (1984), 16 C.C.C. (3d) 382; *R. c. Lepage* (1989), 74 C.R. (3d) 368; *R. c. Matsuba* (1993), 137 A.R. 34; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Hinckley*, [1996] 3 R.C.S. 1128.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12, 15(1).

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 [mod. 1994, ch. 44, art. 2(2)], 8(3), 9, 27, 30, 32, 34, 35, 37, 39, 40, 41, 43, 44 [abr. 2001, ch. 26, art. 294 (non en vigueur)], 45, 232, 265, 267 [rempl. 1994, ch. 44, art. 17], 273.2(b) [aj. 1992, ch. 38, art. 1], 495 [abr. & rempl. 1985, ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 75].

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 43, 44.

Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 44, 45, 55.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 3.

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1), 5, 19(1), 37(a), 43(1).

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, R.T. Can. 1982 n° 31, art. 5b), 16(1)d).

Crimes Act 1961 (N.Z.), 1961, No. 43, art. 59.

Education Act 1989 (N.Z.), 1989, No. 80, art. 139A.

Education (No. 2) Act 1986 (R.-U.), 1986, ch. 61, art. 47.

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 24(1).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

- [ad. 1992, c. 38, s. 1], 495 [rep. & sub. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 75].
- Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 43, 44.
- Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 44, 45, 55.
- Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), (10), 17(5), (9).
- Education Act*, S.N.B. 1997, c. E-1.12, s. 23.
- Education Act*, S.N.W.T. 1995, c. 28, s. 34(3).
- Education Act*, S.Y. 1989-90, c. 25, s. 36.
- Education Act 1989* (N.Z.), 1989, No. 80, s. 139A.
- Education (No. 2) Act 1986* (U.K.), 1986, c. 61, s. 47.
- Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 24(1).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 28, 60, 67, 68, 69.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, preamble, Arts. 7, 24.
- School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 76(3).
- School Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-2.1, s. 73.
- Schools Act*, 1997, S.N.L. 1997, c. S-12.2, s. 42.
- Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, ss. 25(8), 27(1), 30(3), (4).
- Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, ch. 26, art. 294 (non en vigueur).
- Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, ch. C.12, art. 19a).
- Loi sur l'éducation*, L.N.-B. 1997, ch. E-1.12, art. 23.
- Loi sur l'éducation*, L.T.N.-O. 1995, ch. 28, art. 34(3).
- Loi sur l'éducation*, L.Y. 1989-90, ch. 25, art. 36.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 28, 60, 67, 68, 69.
- Loi sur la majorité et la capacité civile*, L.R.O. 1990, ch. A.7, art. 1.
- Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 16(8), (10), 17(5), (9).
- Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1, art. 25(8), 27(1), 30(3), (4).
- Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 1a).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, préambule, art. 7, 24.
- School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76(3).
- School Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-2.1, art. 73.
- Schools Act*, 1997, S.N.L. 1997, ch. S-12.2, art. 42.

Authors Cited

- Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Bernard, Claire. "Corporal Punishment as a Means of Correcting Children". Quebec: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, November 1998.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
- Canada. Canadian Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. Department of Justice. *Reforming the General Part of the Criminal Code: A Consultation Paper*. Ottawa : Dept. of Justice, 1994.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 38. *Assault*. Ottawa: The Commission, 1984.
- Canada. *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada*. Ottawa : Publications Canada, 1980.
- Canadian Bar Association. Criminal Recodification Task Force. *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada*. Ottawa: Canadian Bar Association, 1992.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 4th ed. Oxford : Oxford University Press, 2003.
- Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal. *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada*. Ottawa : Association du Barreau canadien, 1992.
- Bernard, Claire. « Le châtiment corporel comme moyen de corriger les enfants ». Québec : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, novembre 1998.
- Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 4. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris : Bossange, 1823.
- Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 38. *Les voies de fait*. Ottawa : La Commission, 1984.
- Canada. *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada*. Ottawa : Publications Canada, 1980.
- Canada. Ministère de la Justice. *Projet de réforme de la Partie générale du Code criminel : Document de consultation*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1994.

Doctrine citée

- Greene, Sharon D. "The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code: Children's Right to be Protected from Physical Assault, Part 1" (1999), 41 *Crim. L.Q.* 288.
- Hétu, Jean. "Droit judiciaire: De minimis non curat praetor: une maxime qui a toute son importance!" (1990), 50 *R. du B.* 1065.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (loose-leaf updated 2003, release 1).
- Martin, John C. *The Criminal Code of Canada*. Toronto: Cartwright, 1955.
- McGillivray, Anne. "He'll learn it on his body": Disciplining childhood in Canadian law" (1997), 5 *Int'l J. Child. Rts.* 193.
- McGillivray, Anne. "R. v. K. (M.): Legitimizing Brutality" (1993), 16 C.R. (4th) 125.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Newell, Peter. *Children Are People Too: The Case Against Physical Punishment*. London: Bedford Square Press, 1989.
- Sharpe, Robert J., Katherine E. Swinton and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
- Strauss, S. A. "Book Review of South African Criminal Law and Procedure by E. M. Burchell, J. S. Wylie and P. M. A. Hunt" (1970), 87 *So. Afr. L.J.* 471.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
- United Nations. Committee on the Rights of the Child. *Consideration of Reports Submitted by State Parties Under Article 44 of the Convention*, Thirty-fourth Session, CRC/C/15/Add.215 (2003).
- United Nations. Committee on the Rights of the Child. *Report adopted by the Committee at its 209th meeting on 27 January 1995*, Eighth Session, CRC/C/38.
- United Nations. Committee on the Rights of the Child. *Report adopted by the Committee at its 233rd meeting on 9 June 1995*, Ninth Session, CRC/C/43.
- United Nations. *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fiftieth Session, Supp. No. 40 (A/50/40), 1995.
- United Nations. *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fifty-fourth Session, Supp. No. 40 (A/54/40), 1999.
- United Nations. *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fifty-fifth Session, Supp. No. 40 (A/55/40), 2000.
- Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- Greene, Sharon D. «The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code : Children's Right to be Protected from Physical Assault, Part 1 » (1999), 41 *Crim. L.Q.* 288.
- Hétu, Jean. « Droit judiciaire : De minimis non curat praetor : une maxime qui a toute son importance! » (1990), 50 *R. du B.* 1065.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (loose-leaf updated 2003, release 1).
- Martin, John C. *The Criminal Code of Canada*. Toronto : Cartwright, 1955.
- McGillivray, Anne. « "He'll learn it on his body" : Disciplining childhood in Canadian law » (1997), 5 *Int'l J. Child. Rts.* 193.
- McGillivray, Anne. « R. v. K. (M.): Legitimizing Brutality » (1993), 16 C.R. (4th) 125.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.
- Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention*, Trente-quatrième session, CRC/C/15/Add.215 (2003).
- Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. *Rapport adopté par le Comité à sa 209ème séance, le 27 janvier 1995*, Huitième session, CRC/C/38.
- Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. *Rapport adopté par le Comité à sa 233ème séance, le 9 juin 1995*, Neuvième session, CRC/C/43.
- Nations Unies. *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquantième session, suppl. n° 40 (A/50/40), 1995.
- Nations Unies. *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-quatrième session, suppl. n° 40 (A/54/40), 1999.
- Nations Unies. *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-cinquième session, suppl. n° 40 (A/55/40), 2000.
- Newell, Peter. *Children Are People Too : The Case Against Physical Punishment*. London : Bedford Square Press, 1989.
- Sharpe, Robert J., Katherine E. Swinton and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.
- Strauss, S. A. « Book Review of South African Criminal Law and Procedure by E. M. Burchell, J. S. Wylie and P. M. A. Hunt » (1970), 87 *So. Afr. L.J.* 471.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 57 O.R. (3d) 511, 207 D.L.R. (4th) 632, 161 C.C.C. (3d) 178, 154 O.A.C. 144, 48 C.R. (5th) 218, 23 R.F.L. (5th) 101, 90 C.R.R. (2d) 223, [2002] O.J. No. 61 (QL), affirming a judgment of the Superior Court of Justice (2000), 49 O.R. (3d) 662, 188 D.L.R. (4th) 718, 146 C.C.C. (3d) 362, 36 C.R. (5th) 334, 76 C.R.R. (2d) 251, [2000] O.J. No. 2535 (QL). Appeal dismissed, Binnie J. dissenting in part and Arbour and Deschamps JJ. dissenting.

Paul B. Schabas, Cheryl Milne and Nicholas Adamson, for the appellant.

Roslyn J. Levine, Q.C., and Gina M. Scarella, for the respondent.

Allan O'Brien and Steven J. Welchner, for the intervener the Canadian Teachers' Federation.

J. Gregory Richards, Ritu R. Bhasin and Marvin M. Bernstein, for the intervener the Ontario Association of Children's Aid Societies.

David M. Brown, Manizeh Fancy and Dallas Miller, Q.C., for the intervener the Coalition for Family Autonomy.

Hélène Tessier and Athanassia Bitzakidis, for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Michael E. Barrack and Christopher A. Wayland, for the intervener the Child Welfare League of Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — The issue in this case is the constitutionality of Parliament's decision to carve out a sphere within which children's parents and teachers may use minor corrective force in some circumstances without facing criminal sanction. The assault provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 265, prohibits intentional, non-consensual application of force to another. Section 43

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 57 O.R. (3d) 511, 207 D.L.R. (4th) 632, 161 C.C.C. (3d) 178, 154 O.A.C. 144, 48 C.R. (5th) 218, 23 R.F.L. (5th) 101, 90 C.R.R. (2d) 223, [2002] O.J. No. 61 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (2000), 49 O.R. (3d) 662, 188 D.L.R. (4th) 718, 146 C.C.C. (3d) 362, 36 C.R. (5th) 334, 76 C.R.R. (2d) 251, [2000] O.J. No. 2535 (QL). Pourvoi rejeté, le juge Binnie est dissident en partie et les juges Arbour et Deschamps sont dissidentes.

Paul B. Schabas, Cheryl Milne et Nicholas Adamson, pour l'appelante.

Roslyn J. Levine, c.r., et Gina M. Scarella, pour l'intimé.

Allan O'Brien et Steven J. Welchner, pour l'intervenante la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants.

J. Gregory Richards, Ritu R. Bhasin et Marvin M. Bernstein, pour l'intervenante l'Association ontarienne des sociétés de l'aide à l'enfance.

David M. Brown, Manizeh Fancy et Dallas Miller, c.r., pour l'intervenante Coalition for Family Autonomy.

Hélène Tessier et Athanassia Bitzakidis, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Michael E. Barrack et Christopher A. Wayland, pour l'intervenante la Ligue pour le bien-être de l'enfance du Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et LeBel rendu par

LA JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de la décision du législateur d'établir une zone à l'intérieur de laquelle les pères, mères (ci-après « les parents ») et instituteurs peuvent, dans certaines circonstances, employer une force légère pour corriger un enfant sans s'exposer à des sanctions pénales. L'article 265 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui traite des voies de

of the *Criminal Code* excludes from this crime reasonable physical correction of children by their parents and teachers. It provides:

Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (the “Foundation”) seeks a declaration that this exemption from criminal sanction: (1) violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it fails to give procedural protections to children, does not further the best interests of the child, and is both overbroad and vague; (2) violates s. 12 of the *Charter* because it constitutes cruel and unusual punishment or treatment; and (3) violates s. 15(1) of the *Charter* because it denies children the legal protection against assaults that is accorded to adults.

2 The trial judge and the Court of Appeal rejected the Foundation’s contentions and refused to issue the declaration requested. Like them, I conclude that the exemption from criminal sanction for corrective force that is “reasonable under the circumstances” does not offend the *Charter*. I say this, having carefully considered the contrary view of my colleague, Arbour J., that the defence of reasonable correction offered by s. 43 is so vague that it must be struck down as unconstitutional, leaving parents who apply corrective force to children to the mercy of the defences of necessity and “*de minimis*”. I am satisfied that the substantial social consensus on what is reasonable correction, supported by comprehensive and consistent expert evidence on what is reasonable presented in this appeal, gives clear content to s. 43. I am also satisfied, with due respect to contrary views, that exempting parents and teachers from criminal sanction for reasonable correction does not violate children’s equality rights. In the end, I am satisfied that this section provides a workable,

fait, interdit à quiconque d’employer intentionnellement la force contre une autre personne sans son consentement. Selon l’art. 43 du *Code criminel*, ne constituent pas des voies de fait les châtiments corporels raisonnables que les parents et instituteurs infligent à un enfant. Cet article prévoit :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (la « Fondation ») sollicite un jugement déclarant que cette exemption de sanctions pénales (1) viole l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu’elle n’assure aux enfants aucune protection procédurale, ne sert pas l’intérêt supérieur de l’enfant et est imprécise et de portée excessive, (2) viole l’art. 12 de la *Charte* du fait qu’elle constitue une peine ou un traitement cruel et inusité, et (3) viole le par. 15(1) de la *Charte* parce qu’elle n’assure pas aux enfants la protection contre les voies de fait que la loi consent aux adultes.

Le juge de première instance et la Cour d’appel ont rejeté les prétentions de la Fondation et refusé de rendre le jugement déclaratoire demandé. Je conclus, comme ils l’ont fait, que l’exemption de sanctions pénales, dans le cas où la force employée pour infliger une correction est « raisonnable dans les circonstances », ne contrevient pas à la *Charte*. J’affirme cela après avoir examiné attentivement le point de vue contraire de ma collègue la juge Arbour, selon lequel le moyen de défense fondé sur la correction raisonnable qu’offre l’art. 43 est si imprécis qu’il faut l’invalider pour cause d’inconstitutionnalité et laisser à la merci des moyens de défense fondés sur la nécessité et le principe *de minimis* les parents qui emploient la force pour corriger leur enfant. Je suis persuadée que le large consensus social relatif à ce qui constitue une correction raisonnable — étayé, en l’espèce, par une preuve d’expert cohérente et exhaustive concernant ce qui est raisonnable — contribue à clarifier le contenu de l’art. 43. Je suis également persuadée, en toute déférence pour le point de vue

constitutional standard that protects both children and parents.

I. Does Section 43 of the *Criminal Code* Offend Section 7 of the *Charter*?

Section 7 of the *Charter* is breached by state action depriving someone of life, liberty, or security of the person contrary to a principle of fundamental justice. The burden is on the applicant to prove both the deprivation and the breach of fundamental justice. In this case the Crown concedes that s. 43 adversely affects children's security of the person, fulfilling the first requirement.

This leaves the question of whether s. 43 offends a principle of fundamental justice. The Foundation argues that three such principles have been breached: (1) the principle that the child must be afforded independent procedural rights; (2) the principle that legislation affecting children must be in their best interests; and (3) the principle that criminal legislation must not be vague or overbroad. I will consider each in turn.

A. *Independent Procedural Rights for Children*

It is a principle of fundamental justice that accused persons must be accorded adequate procedural safeguards in the criminal process. By analogy, the Foundation argues that it is a principle of fundamental justice that innocent children who are alleged to have been subjected to force exempted from criminal sanction by s. 43 of the *Criminal Code* have a similar right to due process in the representation of their interests at trial. Section 43 fails to accord such process, it is argued, and therefore breaches s. 7 of the *Charter*. The implication is that for s. 43 to be constitutional, it would be necessary

contraire, que l'exemption de sanctions pénales offerte aux parents ou instituteurs qui infligent une correction raisonnable ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité des enfants. En définitive, je suis convaincue que l'art. 43 établit une norme constitutionnelle efficace qui protège à la fois les enfants et les parents.

I. L'article 43 du *Code criminel* contrevient-il à l'article 7 de la *Charte*?

Contrevient à l'art. 7 de la *Charte* toute mesure de l'État qui porte atteinte, d'une manière non conforme à un principe de justice fondamentale, au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Il incombe au requérant d'établir l'existence d'une atteinte et de la violation d'un principe de justice fondamentale. En l'espèce, le ministère public reconnaît que l'art. 43 porte atteinte au droit des enfants à la sécurité de leur personne, de sorte que la première condition est remplie.

Il reste à se demander si l'art. 43 viole un principe de justice fondamentale. La Fondation soutient que trois de ces principes ont été violés : (1) le principe voulant que l'enfant jouisse de droits procéduraux indépendants; (2) le principe voulant que les règles de droit touchant les enfants servent leur intérêt supérieur, et (3) le principe voulant que la législation criminelle ne soit pas imprécise ou n'ait pas une portée excessive. J'examinerai successivement chacune de ces allégations.

A. *Droits procéduraux indépendants pour les enfants*

Un principe de justice fondamentale veut que les accusés bénéficient de garanties procédurales suffisantes en matière criminelle. Par analogie, la Fondation fait valoir qu'un principe de justice fondamentale veut que les enfants innocents, qui auraient été victimes d'un emploi de la force visé par l'exemption de sanctions pénales prévue à l'art. 43 du *Code criminel*, possèdent un droit semblable à l'application régulière de la loi relativement à la représentation de leurs intérêts au procès. Elle allègue que l'art. 43 ne leur accorde pas ce droit et qu'il contrevient, de ce fait, à l'art. 7 de la *Charte*.

to provide for separate representation of the child's interests.

6 Thus far, jurisprudence has not recognized procedural rights for the alleged victims of an offence. However, I need not consider that issue. Even on the assumption that alleged child victims are constitutionally entitled to procedural safeguards, the Foundation's argument fails because s. 43 provides adequate procedural safeguards to protect this interest. The child's interests are represented at trial by the Crown. The Crown's decision to prosecute and its conduct of the prosecution will necessarily reflect society's concern for the physical and mental security of the child. There is no reason to suppose that, as in other offences involving children as victims or witnesses, the Crown will not discharge that duty properly. Nor is there any reason to conclude on the arguments before us that providing separate representation for the child is either necessary or useful. I conclude that no failure of procedural safeguards has been established.

Il s'ensuit que la constitutionnalité de l'art. 43 passe nécessairement par la représentation séparée des intérêts de l'enfant.

Jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'a reconnu aucun droit procédural aux présumées victimes d'une infraction. Cependant, il n'est pas nécessaire que j'aborde cette question. Même en présumant que les enfants qui auraient été des victimes ont droit, en vertu de la Constitution, à des garanties procédurales, l'argument de la Fondation ne tient pas étant donné que l'art. 43 offre des garanties procédurales suffisantes pour protéger ce droit. Le ministère public représente les intérêts de l'enfant au procès. La décision du ministère public d'intenter des poursuites et sa façon de les mener reflètent nécessairement le souci de la société d'assurer la sécurité physique et mentale de l'enfant. Rien ne permet de supposer que le ministère public ne remplira pas correctement ces fonctions, comme il le fait dans le cas d'autres infractions où des victimes ou témoins sont des enfants. L'argumentation qui nous a été soumise ne nous permet pas non plus de conclure que la représentation séparée des intérêts de l'enfant est nécessaire ou utile. Je conclus que l'on n'a pas établi l'existence d'un manquement aux garanties procédurales.

B. *The Best Interests of the Child*

7 The Foundation argues that it is a principle of fundamental justice that laws affecting children must be in their best interests, and that s. 43's exemption of reasonable corrective force from criminal sanction is not in the best interests of the child. Therefore, it argues, s. 43 violates s. 7 of the *Charter*. I disagree. While "the best interests of the child" is a recognized legal principle, this legal principle is not a principle of fundamental justice.

B. *L'intérêt supérieur de l'enfant*

La Fondation fait valoir que l'exemption de sanctions pénales prévue par l'art. 43 relativement à l'emploi de la force raisonnable pour infliger une correction ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant, contrairement au principe de justice fondamentale voulant que les règles de droit touchant les enfants servent leur intérêt supérieur. Voilà pourquoi, selon elle, l'art. 43 contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Je ne suis pas d'accord. Bien que « l'intérêt supérieur de l'enfant » soit un principe juridique reconnu, il ne s'agit pas d'un principe de justice fondamentale.

8 Jurisprudence on s. 7 has established that a "principle of fundamental justice" must fulfill three criteria: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 113. First, it must be a legal principle. This serves two purposes. First, it "provides meaningful content for the s. 7 guarantee"; second, it avoids the "adjudication of policy matters": *Re*

La jurisprudence relative à l'art. 7 a établi qu'un « principe de justice fondamentale » doit remplir trois conditions : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113. Premièrement, il doit s'agir d'un principe juridique. Cette condition est utile à deux égards. D'une part, elle « donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 »; d'autre part,

B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. Second, there must be sufficient consensus that the alleged principle is “vital or fundamental to our societal notion of justice”: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 590. The principles of fundamental justice are the shared assumptions upon which our system of justice is grounded. They find their meaning in the cases and traditions that have long detailed the basic norms for how the state deals with its citizens. Society views them as essential to the administration of justice. Third, the alleged principle must be capable of being identified with precision and applied to situations in a manner that yields predictable results. Examples of principles of fundamental justice that meet all three requirements include the need for a guilty mind and for reasonably clear laws.

The “best interests of the child” is a legal principle, thus meeting the first requirement. A legal principle contrasts with what Lamer J. (as he then was) referred to as “the realm of general public policy” (*Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 503), and Sopinka J. referred to as “broad” and “vague generalizations about what our society considers to be ethical or moral” (*Rodriguez, supra*, at p. 591), the use of which would transform s. 7 into a vehicle for policy adjudication. The “best interests of the child” is an established legal principle in international and domestic law. Canada is a party to international conventions that treat “the best interests of the child” as a legal principle: see the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1), and the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Can. T.S. 1982 No. 31, Arts. 5(b) and 16(1)(d). Many Canadian statutes explicitly name the “best interests of the child” as a legal consideration: see, for example, *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 28, 60, 67, 68 and 69; *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, ss. 25(8), 27(1), 30(3) and (4); *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), (10), 17(5) and (9). Family law statutes are saturated

elle évite « de trancher des questions de politique générale » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Deuxièmement, le principe allégué doit être le fruit d’un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591. Les principes de justice fondamentale sont les postulats communs qui sous-tendent notre système de justice. Ils trouvent leur sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l’État. La société les juge essentiels à l’administration de la justice. Troisièmement, le principe allégué doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. Parmi les principes de justice fondamentale qui remplissent les trois conditions, il y a notamment la nécessité d’une intention coupable et de règles de droit raisonnablement claires.

L’« intérêt supérieur de l’enfant » est un principe juridique et remplit donc la première condition. Un principe juridique contraste avec ce que le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a appelé le « domaine de l’ordre public en général » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 503) et ce que le juge Sopinka a qualifié de « vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral » (*Rodriguez*, précité, p. 591), dont l’utilisation ferait de l’art. 7 un instrument permettant de trancher des questions de politique générale. L’« intérêt supérieur de l’enfant » est un principe juridique établi en droit international et en droit canadien. Le Canada est signataire de conventions internationales qui assimilent « l’intérêt supérieur de l’enfant » à un principe juridique : voir la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, par. 3(1), et la *Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes*, R.T. Can. 1982 n° 31, al. 5b) et 16(1)d). Maintes lois canadiennes décrivent expressément l’« intérêt supérieur de l’enfant » comme un élément à prendre en considération sur le plan juridique : voir, par exemple, la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 28, 60, 67, 68 et 69; la *Loi sur le*

with references to the “best interests of the child” as a legal principle of paramount importance: though not an exhaustive list, examples include: *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 24(1); *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 1(a); *Children’s Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 19(a). Clearly, the “best interests of the child” has achieved the status of a legal principle; the first requirement is met.

10

However, the “best interests of the child” fails to meet the second criterion for a principle of fundamental justice: consensus that the principle is vital or fundamental to our societal notion of justice. The “best interests of the child” is widely supported in legislation and social policy, and is an important factor for consideration in many contexts. It is not, however, a foundational requirement for the dispensation of justice. Article 3(1) of the *Convention on the Rights of the Child* describes it as “a primary consideration” rather than “the primary consideration” (emphasis added). Drawing on this wording, L’Heureux-Dubé J. noted in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 75:

[T]he decision-maker should consider children’s best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them. That is not to say that children’s best interests must always outweigh other considerations, or that there will not be other reasons for denying an H & C claim even when children’s interests are given this consideration.

It follows that the legal principle of the “best interests of the child” may be subordinated to other concerns in appropriate contexts. For example, a person convicted of a crime may be sentenced to prison even where it may not be in his or her child’s best interests. Society does not always deem it essential

système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, par. 25(8), 27(1), 30(3) et (4); la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), par. 16(8), (10), 17(5) et (9). Les lois relatives au droit de la famille regorgent de mentions de l’« intérêt supérieur de l’enfant » en tant que principe juridique crucial : sans vouloir donner une liste exhaustive, il y a, par exemple, la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, par. 24(1); la *Loi sur les services à l’enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, al. 1a); la *Loi portant réforme du droit de l’enfance*, L.R.O. 1990, ch. C.12, al. 19a). De toute évidence, l’intérêt supérieur de l’enfant est devenu un principe juridique; la première condition est donc remplie.

Toutefois, l’« intérêt supérieur de l’enfant » ne satisfait pas à la deuxième condition requise pour constituer un principe de justice fondamentale : le consensus quant à son caractère primordial et fondamental dans la notion de justice de notre société. L’« intérêt supérieur de l’enfant » est largement défendu dans les lois et les politiques sociales, et il constitue un élément important qui doit être pris en considération dans de nombreux contextes. Toutefois, il ne s’agit pas d’une condition essentielle à l’exercice de la justice. Le paragraphe 3(1) de la *Convention relative aux droits de l’enfant* le décrit comme « une considération primordiale » et non comme « la considération primordiale » (je souligne). Se fondant sur cette formulation, la juge L’Heureux-Dubé fait remarquer ce qui suit, dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 75 :

[L]e décideur devrait considérer l’intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l’intérêt supérieur des enfants l’emportera toujours sur d’autres considérations, ni qu’il n’y aura pas d’autres raisons de rejeter une demande d’ordre humanitaire même en tenant compte de l’intérêt des enfants.

Il s’ensuit que le principe juridique qu’est l’« intérêt supérieur de l’enfant » peut être subordonné à d’autres intérêts dans des contextes appropriés. Par exemple, une personne reconnue coupable d’un crime peut être condamnée à l’emprisonnement même si cette peine n’est peut-être pas

that the “best interests of the child” trump all other concerns in the administration of justice. The “best interests of the child”, while an important legal principle and a factor for consideration in many contexts, is not vital or fundamental to our societal notion of justice, and hence is not a principle of fundamental justice.

The third requirement is that the alleged principle of fundamental justice be “capable of being identified with some precision” (*Rodriguez, supra*, at p. 591) and provide a justiciable standard. Here, too, the “best interests of the child” falls short. It functions as a factor considered along with others. Its application is inevitably highly contextual and subject to dispute; reasonable people may well disagree about the result that its application will yield, particularly in areas of the law where it is one consideration among many, such as the criminal justice system. It does not function as a principle of fundamental justice setting out our minimum requirements for the dispensation of justice.

To conclude, “the best interests of the child” is a legal principle that carries great power in many contexts. However, it is not a principle of fundamental justice.

C. *Vagueness and Overbreadth*

(1) Vagueness

The Foundation argues that s. 43 is unconstitutional because first, it does not give sufficient notice as to what conduct is prohibited; and second, it fails to constrain discretion in enforcement. The concept of what is “reasonable under the circumstances” is simply too vague, it is argued, to pass muster as a criminal provision.

conforme à l’intérêt supérieur de son enfant. La société estime qu’il n’est pas toujours essentiel que l’« intérêt supérieur de l’enfant » ait présence sur tous les autres intérêts en cause dans l’administration de la justice. Bien qu’il constitue un principe juridique important et un élément à prendre en considération dans de nombreux contextes, l’« intérêt supérieur de l’enfant » n’est ni primordial ni fondamental dans la notion de justice de notre société et n’est donc pas un principe de justice fondamentale.

En ce qui concerne la troisième exigence, le principe de justice fondamentale allégué « doi[t] pouvoir être identifi[é] avec une certaine précision » (*Rodriguez*, précité, p. 591) et fournir une norme applicable par les tribunaux. Là encore, l’« intérêt supérieur de l’enfant » n’atteint pas le rang de principe de justice fondamentale. Il est un élément, parmi d’autres, qui est pris en considération. Son application ne peut que dépendre fortement du contexte et susciter la controverse; il se peut que des gens raisonnables ne s’accordent pas sur le résultat que produira son application, en particulier dans les domaines du droit, tel le système de justice pénale, où il n’est qu’une considération parmi d’autres. Il ne constitue pas un principe de justice fondamentale qui énonce les conditions minimales essentielles à l’exercice de la justice dans notre pays.

Pour conclure, « l’intérêt supérieur de l’enfant » est un principe juridique très puissant dans de nombreux contextes. Cependant, il ne constitue pas un principe de justice fondamentale.

C. *Imprécision et portée excessive*

(1) Imprécision

La Fondation soutient que l’art. 43 est inconstitutionnel parce que, premièrement, il ne donne pas un avertissement suffisant au sujet de la conduite prohibée, et deuxièmement, il n’empêche pas une application discrétionnaire de ses dispositions. Elle allègue que l’expression « raisonnable dans les circonstances » est simplement trop imprécise pour remplir les conditions nécessaires d’une disposition en matière criminelle.

11

12

13

14 Applying the legal requirements for precision in a criminal statute to s. 43, I conclude that s. 43, properly construed, is not unduly vague.

(a) *The Standard for "Vagueness"*

15 A law is unconstitutionally vague if it “does not provide an adequate basis for legal debate” and “analysis”; “does not sufficiently delineate any area of risk”; or “is not intelligible”. The law must offer a “grasp to the judiciary”: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 639-40. Certainty is not required. As Gonthier J. pointed out in *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra*, at pp. 638-39,

conduct is guided by approximation. The process of approximation sometimes results in quite a narrow set of options, sometimes in a broader one. Legal dispositions therefore delineate a risk zone, and cannot hope to do more, unless they are directed at individual instances. [Emphasis added.]

16 A law must set an intelligible standard both for the citizens it governs and the officials who must enforce it. The two are interconnected. A vague law prevents the citizen from realizing when he or she is entering an area of risk for criminal sanction. It similarly makes it difficult for law enforcement officers and judges to determine whether a crime has been committed. This invokes the further concern of putting too much discretion in the hands of law enforcement officials, and violates the precept that individuals should be governed by the rule of law, not the rule of persons. The doctrine of vagueness is directed generally at the evil of leaving “basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an *ad hoc* and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application”: *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), at p. 109.

17 *Ad hoc* discretionary decision making must be distinguished from appropriate judicial interpretation.

Après lui avoir appliqué les conditions de précision auxquelles doit satisfaire une loi en matière criminelle, je conclus que l’art. 43, interprété correctement, n’est pas trop imprécis.

a) *La norme en matière d’« imprécision »*

Une règle de droit est inconstitutionnellement imprécise si elle « ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire » et « une analyse », si elle « ne délimite pas suffisamment une sphère de risque » ou si elle « n'est pas intelligible ». La règle de droit doit donner « prise au pouvoir judiciaire » : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 639-640. La certitude n'est pas requise. Comme l'a souligné le juge Gonthier dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, p. 638-639,

la conduite est guidée par l'approximation. Le processus d'approximation aboutit parfois à un ensemble assez restreint d'options, parfois à un ensemble plus large. Les dispositions législatives délimitent donc une sphère de risque et ne peuvent pas espérer faire plus, sauf si elles visent des cas individuels. [Je souligne.]

Une règle de droit doit établir une norme intelligible tant pour les citoyens qui y sont assujettis que pour les responsables de son application. Les deux sont interreliés. Une règle de droit imprécise empêche le citoyen de se rendre compte qu'il s'aventure sur un terrain où il s'expose à des sanctions pénales. De même, elle complique la tâche des responsables de son application et des juges lorsqu'ils sont appelés à déterminer si un crime a été commis. Elle suscite également la crainte que les responsables de son application disposent d'un pouvoir discrétionnaire trop grand, en plus de violer le principe voulant que les citoyens soient régis par la primauté du droit et non par l'arbitraire individuel. La règle de la nullité pour cause d'imprécision vise généralement à éviter de laisser [TRADUCTION] « aux policiers, aux juges et aux jurys le soin de régler, de façon ponctuelle et subjective, des questions de politique générale fondamentales, ce qui risque d'entraîner une application arbitraire et discriminatoire de la loi » : *Grayned c. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), p. 109.

L'exercice ponctuel d'un pouvoir décisionnel discrétionnaire diffère de l'interprétation judiciaire

Judicial decisions may properly add precision to a statute. Legislators can never foresee all the situations that may arise, and if they did, could not practically set them all out. It is thus in the nature of our legal system that areas of uncertainty exist and that judges clarify and augment the law on a case-by-case basis.

It follows that s. 43 of the *Criminal Code* will satisfy the constitutional requirement for precision if it delineates a risk zone for criminal sanction. This achieves the essential task of providing general guidance for citizens and law enforcement officers.

(b) Does Section 43 Delineate a Risk Zone for Criminal Sanction?

The purpose of s. 43 is to delineate a sphere of non-criminal conduct within the larger realm of common assault. It must, as we have seen, do this in a way that permits people to know when they are entering a zone of risk of criminal sanction and that avoids *ad hoc* discretionary decision making by law enforcement officials. People must be able to assess when conduct approaches the boundaries of the sphere that s. 43 provides.

To ascertain whether s. 43 meets these requirements, we must consider its words and court decisions interpreting those words. The words of the statute must be considered in context, in their grammatical and ordinary sense, and with a view to the legislative scheme's purpose and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26. Since s. 43 withdraws the protection of the criminal law in certain circumstances, it should be strictly construed: see *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, at p. 183.

Section 43 delineates who may access its sphere with considerable precision. The terms "schoolteacher" and "parent" are clear. The phrase "person

appropriée. Les décisions judiciaires peuvent comme il se doit préciser une loi. Le législateur ne peut jamais prévoir toutes les situations qui peuvent se présenter et, s'il le pouvait, il lui serait pratiquement impossible de toutes les énumérer. Dans notre régime juridique, il est donc naturel qu'il existe des zones d'incertitude et que les juges clarifient et étoffent de façon ponctuelle le droit.

L'article 43 du *Code criminel* satisfera donc à l'exigence constitutionnelle de précision s'il délimite une sphère à l'intérieur de laquelle il existe un risque de sanctions pénales. Il accomplira ainsi la tâche essentielle qui consiste à donner des indications générales aux citoyens et aux responsables de l'application de la loi.

b) L'article 43 délimite-t-il une sphère de risque de sanctions pénales?

L'article 43 a pour objet de délimiter une zone de conduite non criminelle à l'intérieur du domaine général des voies de fait simples. Comme nous l'avons vu, il doit le faire de façon à indiquer aux gens jusqu'où ils peuvent aller sans s'exposer à des sanctions pénales et à empêcher les responsables de l'application de la loi d'exercer de manière ponctuelle un pouvoir décisionnel discrétionnaire. Les gens doivent pouvoir évaluer si leur conduite risque de déborder la zone délimitée par l'art. 43.

Pour déterminer si l'art. 43 remplit ces conditions, nous devons examiner les termes qu'il utilise et la jurisprudence qui les interprète. Les termes d'une loi doivent être examinés dans leur contexte, en suivant leur sens ordinaire et grammatical et en tenant compte de l'objet et de l'esprit de la loi ainsi que de l'intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26. Étant donné qu'il retire la protection du droit criminel dans certaines circonstances, l'art. 43 doit être interprété de manière restrictive : voir l'arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, p. 183.

L'article 43 détermine avec beaucoup de précision qui peut entrer dans la zone qu'il délimite. Les termes « instituteur » et « père ou mère » sont clairs.

18

19

20

21

standing in the place of a parent" has been held by the courts to indicate an individual who has assumed "all the obligations of parenthood": *Ogg-Moss, supra*, at p. 190 (emphasis in original). These terms present no difficulty.

- 22 Section 43 identifies less precisely what conduct falls within its sphere. It defines this conduct in two ways. The first is by the requirement that the force be "by way of correction". The second is by the requirement that the force be "reasonable under the circumstances". The question is whether, taken together and construed in accordance with governing principles, these phrases provide sufficient precision to delineate the zone of risk and avoid discretionary law enforcement.
- 23 I turn first to the requirement that the force be "by way of correction". These words, considered in conjunction with the cases, yield two limitations on the content of the protected sphere of conduct.
- 24 First, the person applying the force must have intended it to be for educative or corrective purposes: *Ogg-Moss, supra*, at p. 193. Accordingly, s. 43 cannot exculpate outbursts of violence against a child motivated by anger or animated by frustration. It admits into its sphere of immunity only sober, reasoned uses of force that address the actual behaviour of the child and are designed to restrain, control or express some symbolic disapproval of his or her behaviour. The purpose of the force must always be the education or discipline of the child: *Ogg-Moss, supra*, at p. 193.

- 25 Second, the child must be capable of benefiting from the correction. This requires the capacity to learn and the possibility of successful correction. Force against children under two cannot be corrective, since on the evidence they are incapable of understanding why they are hit (trial decision (2000), 49 O.R. (3d) 662, at para. 17). A child may also be incapable of learning from the application of force because of disability or some other contextual

Les tribunaux ont statué que l'expression « toute personne qui remplace le père ou la mère » désigne quiconque prend en charge « toutes les obligations qui [...] incombe [au père et à la mère] » : *Ogg-Moss*, précité, p. 190 (en italique dans l'original). Ces mots ne posent aucune difficulté.

L'article 43 indique avec moins de précision quelle conduite se situe dans la zone qu'il délimite. Il définit cette conduite de deux manières, premièrement, par la condition que la force soit employée « pour corriger », et deuxièmement, par la condition que la force employée soit « raisonnable dans les circonstances ». La question est de savoir si ces expressions, considérées ensemble et interprétées conformément aux principes applicables, sont suffisamment précises pour délimiter la sphère de risque et éviter l'application discrétionnaire de la loi.

Examinons d'abord la condition que la force soit employée « pour corriger ». Ces mots, examinés conjointement avec la jurisprudence, établissent deux limites au contenu de la zone de conduite protégée.

Premièrement, la personne qui emploie la force doit le faire pour éduquer ou corriger : *Ogg-Moss*, précité, p. 193. Par conséquent, l'art. 43 ne peut pas excuser les accès de violence à l'égard d'un enfant qui sont dûs à la colère ou à la frustration. Il n'admet dans sa zone d'immunité que l'emploi réfléchi d'une force modérée répondant au comportement réel de l'enfant et visant à contrôler ce comportement ou à y mettre fin ou encore à exprimer une certaine désapprobation symbolique à cet égard. L'emploi de la force doit toujours avoir pour objet d'éduquer ou de discipliner l'enfant : *Ogg-Moss*, précité, p. 193.

Deuxièmement, la correction doit pouvoir avoir un effet bénéfique sur l'enfant, ce qui nécessite, d'une part, une capacité de tirer une leçon et, d'autre part, une possibilité de résultat positif. La force employée contre un enfant de moins de deux ans ne peut pas servir à le corriger puisque, selon la preuve, un tel enfant est incapable de comprendre la raison pour laquelle on le frappe (décision de première instance (2000), 49 O.R. (3d) 662, par. 17).

factor. In these cases, force will not be “corrective” and will not fall within the sphere of immunity provided by s. 43.

The second requirement of s. 43 is that the force be “reasonable under the circumstances”. The Foundation argues that this term fails to sufficiently delineate the area of risk and constitutes an invitation to discretionary *ad hoc* law enforcement. It argues that police officers, prosecutors and judges too often assess the reasonableness of corrective force by reference to their personal experiences and beliefs, rendering enforcement of s. 43 arbitrary and subjective. In support, it points to the decision of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108, in which, at p. 109, O’Sullivan J.A. stated that “[t]he discipline administered to the boy in question in these proceedings [a kick to the rear] was mild indeed compared to the discipline I received in my home”.

Against this argument, the law has long used reasonableness to delineate areas of risk, without incurring the dangers of vagueness. The law of negligence, which has blossomed in recent decades to govern private actions in nearly all spheres of human activity, is founded upon the presumption that individuals are capable of governing their conduct in accordance with the standard of what is “reasonable”. But reasonableness as a guide to conduct is not confined to the law of negligence. The criminal law also relies on it. The *Criminal Code* expects that police officers will know what constitutes “reasonable grounds” for believing that an offence has been committed, such that an arrest can be made (s. 495); that an individual will know what constitutes “reasonable steps” to obtain consent to sexual contact (s. 273.2(b)); and that surgeons, in order to be exempted from criminal liability, will judge whether performing an operation is “reasonable” in “all the circumstances of the case” (s. 45).

Il se peut également qu’un enfant soit incapable de tirer une leçon de la force employée contre lui en raison d’une déficience ou de quelque autre facteur contextuel. Dans ce cas, la force n’est pas employée « pour corriger » et ne tombe pas dans la zone d’immunité établie par l’art. 43.

La deuxième condition de l’art. 43 est que la force employée soit « raisonnable dans les circonstances ». Selon la Fondation, cette expression ne délimite pas suffisamment la sphère de risque et constitue une invitation à appliquer l’article de manière discrétionnaire et ponctuelle. Elle soutient que, trop souvent, les policiers, le ministère public et les juges se fondent sur leur expérience et leurs convictions personnelles pour évaluer le caractère raisonnable de la force employée pour infliger une correction, ce qui a pour effet de rendre arbitraire et subjective l’application de l’art. 43. À l’appui de cet argument, elle attire l’attention sur l’arrêt de la Cour d’appel du Manitoba *R. c. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108, où le juge O’Sullivan affirme, à la p. 109, que [TRADUCTION] « [I]l a correction infligée au garçon dont il est question en l’espèce [le coup de pied au derrière] était, en réalité, légère comparativement à celles que j’ai reçues à la maison ».

À l’encontre de cet argument, le droit recourt depuis longtemps au caractère raisonnable pour délimiter des sphères de risque, sans pour autant tomber dans le piège de l’imprécision. Le droit en matière de négligence, qui, au cours des dernières décennies, en est venu à régir les actes privés dans presque tous les domaines de l’activité humaine, repose sur la présomption que les individus sont capables de se comporter conformément à la norme de ce qui est « raisonnable ». Cependant, le caractère raisonnable, à titre de guide de conduite, n’est pas restreint au droit en matière de négligence. Le droit criminel y recourt également. Selon le *Code criminel*, les policiers sont censés savoir ce qui constitue des « motifs raisonnables » de croire qu’une infraction a été commise, de manière à pouvoir effectuer une arrestation (art. 495), une personne est censée savoir quelles « mesures raisonnables » sont requises pour obtenir le consentement à un contact sexuel (al. 273.2b)), et, afin d’échapper à toute responsabilité

These are merely a few examples; the criminal law is thick with the notion of “reasonableness”.

- 28 The reality is that the term “reasonable” gives varying degrees of guidance, depending upon the statutory and factual context. It does not insulate a law against a charge of vagueness. Nor, however, does it automatically mean that a law is void for vagueness. In each case, the question is whether the term, considered in light of principles of statutory interpretation and decided cases, delineates an area of risk and avoids the danger of arbitrary *ad hoc* law enforcement.
- 29 Is s. 43’s reliance on reasonableness, considered in this way, unconstitutionally vague? Does it indicate what conduct risks criminal sanction and provide a principled basis for enforcement? While the words on their face are broad, a number of implicit limitations add precision.
- 30 The first limitation arises from the behaviour for which s. 43 provides an exemption, simple non-consensual application of force. Section 43 does not exempt from criminal sanction conduct that causes harm or raises a reasonable prospect of harm. It can be invoked only in cases of non-consensual application of force that results neither in harm nor in the prospect of bodily harm. This limits its operation to the mildest forms of assault. People must know that if their conduct raises an apprehension of bodily harm they cannot rely on s. 43. Similarly, police officers and judges must know that the defence cannot be raised in such circumstances.
- 31 Within this limited area of application, further precision on what is reasonable under the circumstances may be derived from international treaty obligations. Statutes should be construed to comply with Canada’s international obligations: *Ordon*

pénale, les chirurgiens sont censés déterminer s’il est « raisonnable » de pratiquer une opération compte tenu de « toutes les [...] circonstances de l’espèce » (art. 45). Ce ne sont là que quelques exemples; le droit criminel est imprégné de la notion de « caractère raisonnable ».

En réalité, le terme « raisonnable » offre plus ou moins d’indications, selon le contexte législatif et factuel. Il n’empêche pas de taxer d’imprécision une loi. Toutefois, il ne signifie pas automatiquement non plus qu’une loi est nulle pour cause d’imprécision. Dans chaque cas, il s’agit de savoir si ce terme, considéré à la lumière des principes d’interprétation législative et de la jurisprudence, délimite une sphère de risque et écarte le danger d’application ponctuelle et arbitraire de la loi.

Vu sous cet angle, le caractère raisonnable évoqué à l’art. 43 est-il constitutionnellement imprécis? Indique-t-il quelle conduite peut donner lieu à des sanctions pénales et fournit-il une base rationnelle pour l’application de la loi? Bien qu’à première vue les termes utilisés soient généraux, un certain nombre de limites implicites contribuent à en préciser le sens.

La première limite découle du comportement pour lequel l’art. 43 établit une exception, à savoir le simple emploi non consensuel de la force. L’article 43 ne soustrait pas à des sanctions pénales la conduite causant un préjudice ou suscitant un risque raisonnable de préjudice. Cette disposition peut être invoquée seulement dans les cas où l’emploi non consensuel de la force ne cause aucun préjudice ou ne risque pas de causer des lésions corporelles. Cela contribue à en limiter l’application aux formes de voies de fait les plus légères. Les gens doivent savoir qu’ils ne pourront pas invoquer l’art. 43 si leur conduite paraît susceptible de causer des lésions corporelles. De même, les policiers et les juges doivent savoir que ce moyen de défense ne peut pas être invoqué dans ces circonstances.

À l’intérieur de ce champ d’application limité, les obligations découlant des traités internationaux peuvent permettre de préciser davantage ce qui est raisonnable dans les circonstances. Les lois doivent être interprétées d’une manière conforme aux

Estate v. Grail, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137. Canada's international commitments confirm that physical correction that either harms or degrades a child is unreasonable.

Canada is a party to the United Nations *Convention on the Rights of the Child*. Article 5 of the Convention requires state parties to

respect the responsibilities, rights and duties of parents or . . . other persons legally responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention.

Article 19(1) requires the state party to

protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child. [Emphasis added.]

Finally, Article 37(a) requires state parties to ensure that “[n]o child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” (emphasis added). This language is also found in the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, to which Canada is a party. Article 7 of the Covenant states that “[n]o one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.” The preamble to the *International Covenant on Civil and Political Rights* makes it clear that its provisions apply to “all members of the human family”. From these international obligations, it follows that what is “reasonable under the circumstances” will seek to avoid harm to the child and will never include cruel, inhuman or degrading treatment.

Neither the *Convention on the Rights of the Child* nor the *International Covenant on Civil and Political Rights* explicitly require state parties to ban all corporal punishment of children. In the process of monitoring compliance with the *International*

obligations internationales du Canada : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137. Les engagements internationaux du Canada confirment que le châtiment corporel préjudiciable à l'enfant ou dégradant pour lui est déraisonnable.

Le Canada est signataire de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, dont l'art. 5 exige des États parties qu'ils

respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou [...] autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

Le paragraphe 19(1) exige des États parties qu'ils veillent à

protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son où ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. [Je souligne.]

Enfin, l'alinéa 37a) exige des États parties qu'ils veillent à ce que « [n]ul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » (je souligne). Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, dont le Canada est signataire, tient le même langage. L'article 7 de ce pacte prévoit que « [n]ul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. » Le préambule du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* indique clairement que ses dispositions s'appliquent à « tous les membres de la famille humaine ». Compte tenu de ces obligations internationales, il s'ensuit que ce qui est « raisonnable dans les circonstances » s'entend de ce qui ne causera aucun préjudice à l'enfant et ne comprendra jamais un traitement cruel, inhumain ou dégradant.

Ni la *Convention relative aux droits de l'enfant* ni le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* n'exige explicitement que les États parties interdisent toute infliction d'un châtiment corporel à un enfant. Toutefois, en veillant au respect du *Pacte*

Covenant on Civil and Political Rights, however, the Human Rights Committee of the United Nations has expressed the view that corporal punishment of children in schools engages Article 7's prohibition of degrading treatment or punishment: see for example, *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fiftieth Session, Supp. No. 40 (A/50/40) (1995), at paras. 426 and 434; *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fifty-fourth Session, Supp. No. 40 (A/54/40) (1999), at para. 358; *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fifty-fifth Session, Supp. No. 40 (A/55/40) (2000), at paras. 306 and 429. The Committee has not expressed a similar opinion regarding parental use of mild corporal punishment.

34 Section 43's ambit is further defined by the direction to consider the circumstances under which corrective force is used. National and international precedents have set out factors to be considered. Article 3 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, forbids inhuman and degrading treatment. The European Court of Human Rights, in determining whether parental treatment of a child was severe enough to fall within the scope of Article 3, held that assessment must take account of "all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, its duration, its physical and mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim": Eur. Court H.R., *A. v. United Kingdom*, judgment of 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, p. 2699. These factors properly focus on the prospective effect of the corrective force upon the child, as required by s. 43.

35 By contrast, it is improper to retrospectively focus on the gravity of a child's wrongdoing, which invites a punitive rather than corrective focus. "[T]he nature of the offence calling for correction", an additional factor suggested in *R. v. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453 (Sask. C.A.), at p. 460, is thus not a relevant contextual consideration. The focus under s. 43 is on the correction of the child, not on the

international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies s'est dit d'avis que l'art. 7 qui interdit les peines ou traitements dégradants s'applique aux châtiments corporels infligés à des enfants dans les écoles : voir, par exemple, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquantième session, suppl. n° 40 (A/50/40) (1995), par. 426 et 434; *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-quatrième session, suppl. n° 40 (A/54/40) (1999), par. 358; *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-cinquième session, suppl. n° 40 (A/55/40) (2000), par. 306 et 429. Le Comité n'a pas formulé d'opinion semblable au sujet des parents qui infligent un châtiment corporel léger.

Le champ d'application de l'art. 43 est en outre défini par la directive de tenir compte des circonstances dans lesquelles la force est employée pour infliger une correction. Les jurisprudences canadienne et internationale ont énoncé des facteurs à prendre en considération. L'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, interdit les traitements inhumains et dégradants. En déterminant si un traitement infligé par des parents à leur enfant était assez grave pour tomber sous le coup de l'art. 3, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu qu'il faut tenir compte de « l'ensemble des données de la cause. Il faut prendre en compte des facteurs tels que la nature et le contexte du traitement, sa durée, ses effets physiques ou mentaux ainsi, parfois, que le sexe, l'âge et l'état de santé de la victime » : Cour eur. D.H., arrêt *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, p. 2699. Ces facteurs sont axés à bon droit sur l'effet éventuel de la force employée pour corriger l'enfant, comme le requiert l'art. 43.

Par contre, il ne convient pas de mettre a posteriori l'accent sur la gravité du comportement répréhensible de l'enfant, ce qui incite davantage à punir qu'à corriger. Un autre facteur, proposé dans l'arrêt *R. c. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453 (C.A. Sask.), p. 460, à savoir [TRADUCTION] « la nature de la faute à l'origine de la correction infligée », n'est donc pas une considération contextuelle pertinente.

gravity of the precipitating event. Obviously, force employed in the absence of any behaviour requiring correction by definition cannot be corrective.

Determining what is “reasonable under the circumstances” in the case of child discipline is also assisted by social consensus and expert evidence on what constitutes reasonable corrective discipline. The criminal law often uses the concept of reasonableness to accommodate evolving mores and avoid successive “fine-tuning” amendments. It is implicit in this technique that current social consensus on what is reasonable may be considered. It is wrong for caregivers or judges to apply their own subjective notions of what is reasonable; s. 43 demands an objective appraisal based on current learning and consensus. Substantial consensus, particularly when supported by expert evidence, can provide guidance and reduce the danger of arbitrary, subjective decision making.

Based on the evidence currently before the Court, there are significant areas of agreement among the experts on both sides of the issue (trial decision, at para. 17). Corporal punishment of children under two years is harmful to them, and has no corrective value given the cognitive limitations of children under two years of age. Corporal punishment of teenagers is harmful, because it can induce aggressive or antisocial behaviour. Corporal punishment using objects, such as rulers or belts, is physically and emotionally harmful. Corporal punishment which involves slaps or blows to the head is harmful. These types of punishment, we may conclude, will not be reasonable.

Contemporary social consensus is that, while teachers may sometimes use corrective force to remove children from classrooms or secure compliance with instructions, the use of corporal punishment by teachers is not acceptable. Many school boards forbid the use of corporal punishment, and

L’article 43 est axé sur la correction infligée à l’enfant et non sur la gravité de l’événement déclencheur. Il est évident que la force employée en l’absence d’un comportement exigeant une correction ne peut, par définition, servir à corriger.

36 Le consensus social et la preuve d’expert concernant ce qui constitue une correction raisonnable aident aussi à déterminer ce qui est « raisonnable dans les circonstances » en matière de correction infligée à un enfant. Le droit criminel utilise souvent la notion du caractère raisonnable pour tenir compte de l’évolution des mœurs et éviter d’effectuer des « rajustements » au moyen de modifications successives. Cette technique implique qu’il est possible de tenir compte du consensus social de l’heure quant à ce qui est raisonnable. Les gardiens ou les juges ont tort d’appliquer leurs propres notions subjectives de ce qui est raisonnable; l’art. 43 commande une appréciation objective fondée sur l’état des connaissances et le consensus de l’heure. Un large consensus, surtout s’il est étayé par une preuve d’expert, peut fournir des indications et réduire les risques de décision subjective et arbitraire.

37 Compte tenu de la preuve dont dispose actuellement la Cour, il existe d’importants terrains d’entente chez les experts des deux parties (décision de première instance, par. 17). Le châtiment corporel infligé à un enfant de moins de deux ans lui est préjudiciable et n’est d’aucune utilité pour corriger vu les limites cognitives d’un enfant de cet âge. Le châtiment corporel infligé à un adolescent est préjudiciable en ce sens qu’il risque de déclencher un comportement agressif ou antisocial. Le châtiment corporel infligé à l’aide d’un objet, comme une règle ou une ceinture, est préjudiciable physiquement et émotivement. Le châtiment corporel consistant en des gifles ou des coups portés à la tête est préjudiciable. Ces formes de châtiment, pouvons-nous conclure, ne sont pas raisonnables.

38 Le consensus social de l’heure veut que l’infliction de châtiments corporels par les enseignants soit inacceptable, bien que ces derniers puissent parfois employer la force pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect de directives. De nombreux conseils ou commissions scolaires

some provinces and territories have legislatively prohibited its use by teachers: see, e.g., *Schools Act*, 1997, S.N.L. 1997, c. S-12.2, s. 42; *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 76(3); *Education Act*, S.N.B. 1997, c. E-1.12, s. 23; *School Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-2.1, s. 73; *Education Act*, S.N.W.T. 1995, c. 28, s. 34(3); *Education Act*, S.Y. 1989-90, c. 25, s. 36. This consensus is consistent with Canada's international obligations, given the findings of the Human Rights Committee of the United Nations noted above. Section 43 will protect a teacher who uses reasonable, corrective force to restrain or remove a child in appropriate circumstances. Substantial societal consensus, supported by expert evidence and Canada's treaty obligations, indicates that corporal punishment by teachers is unreasonable.

interdisent le châtiment corporel. En outre, des lois de certaines provinces et de certains territoires interdisent aux enseignants d'infliger des châtiments corporels : voir, par exemple, la *Schools Act*, 1997, S.N.L. 1997, ch. S-12.2, art. 42; la *School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412, par. 76(3); la *Loi sur l'éducation*, L.N.-B. 1997, ch. E-1.12, art. 23; la *School Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-2.1, art. 73; la *Loi sur l'éducation*, L.T.N.-O. 1995, ch. 28, par. 34(3); la *Loi sur l'éducation*, L.Y. 1989-90, ch. 25, art. 36. Ce consensus est conforme aux obligations internationales du Canada, compte tenu des conclusions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, mentionnées précédemment. L'article 43 protégera l'enseignant qui emploie une force raisonnable pour retenir un enfant ou l'expulser lorsque cela est indiqué. Un large consensus social, étayé par une preuve d'expert et par les obligations découlant des traités dont le Canada est signataire, indique que l'infliction d'un châtiment corporel par un enseignant est déraisonnable.

³⁹ Finally, judicial interpretation may assist in defining "reasonable under the circumstances" under s. 43. It must be conceded at the outset that judicial decisions on s. 43 in the past have sometimes been unclear and inconsistent, sending a muddled message as to what is and is not permitted. In many cases discussed by Arbour J., judges failed to acknowledge the evolutive nature of the standard of reasonableness, and gave undue authority to outdated conceptions of reasonable correction. On occasion, judges erroneously applied their own subjective views on what constitutes reasonable discipline — views as varied as different judges' backgrounds. In addition, charges of assaultive discipline were seldom viewed as sufficiently serious to merit in-depth research and expert evidence or the appeals which might have permitted a unified national standard to emerge. However, "[t]he fact that a particular legislative term is open to varying interpretations by the courts is not fatal": *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1157. This case, and those that build on it, may permit a more uniform approach to "reasonable under the circumstances" than has prevailed in the past. Again, the issue is not whether s. 43 has provided enough guidance in the past, but

Enfin, l'interprétation judiciaire peut être utile pour déterminer le sens de l'expression « raisonnable dans les circonstances » contenue à l'art. 43. Il faut reconnaître, au départ, que la jurisprudence relative à l'art. 43 manque parfois de clarté et de cohérence et transmet un message confus quant à ce qui est permis et à ce qui ne l'est pas. Dans une bonne partie de la jurisprudence analysée par la juge Arbour, les juges n'ont pas reconnu la nature évolutive de la norme du caractère raisonnable et ont indûment appliqué des notions dépassées de la correction raisonnable. Dans certains cas, les juges ont appliqué à tort leur propre perception subjective de ce qui constitue une correction raisonnable — perception qui variait selon l'expérience de chacun. En outre les accusations de correction constituant des voies de fait étaient rarement considérées comme suffisamment graves pour justifier une recherche et une preuve d'expert poussées ou des appels qui auraient pu permettre de dégager une norme nationale unifiée. Cependant, « [I]l fait qu'un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n'est pas fatal » : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1157. Il se peut que la présente affaire et celles qui

whether it expresses a standard that can be given a core meaning in tune with contemporary consensus.

When these considerations are taken together, a solid core of meaning emerges for “reasonable under the circumstances”, sufficient to establish a zone in which discipline risks criminal sanction. Generally, s. 43 exempts from criminal sanction only minor corrective force of a transitory and trifling nature. On the basis of current expert consensus, it does not apply to corporal punishment of children under two or teenagers. Degrading, inhuman or harmful conduct is not protected. Discipline by the use of objects or blows or slaps to the head is unreasonable. Teachers may reasonably apply force to remove a child from a classroom or secure compliance with instructions, but not merely as corporal punishment. Coupled with the requirement that the conduct be corrective, which rules out conduct stemming from the caregiver’s frustration, loss of temper or abusive personality, a consistent picture emerges of the area covered by s. 43. It is wrong for law enforcement officers or judges to apply their own subjective views of what is “reasonable under the circumstances”; the test is objective. The question must be considered in context and in light of all the circumstances of the case. The gravity of the precipitating event is not relevant.

The fact that borderline cases may be anticipated is not fatal. As Gonthier J. stated in *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*, at p. 639, “it is inherent to our legal system that some conduct will fall along the boundaries of the area of risk; no definite

pourront s’en inspirer ouvrent la voie à une interprétation plus uniforme que dans le passé de l’expression « raisonnable dans les circonstances ». Là encore, la question n’est pas de savoir si l’art. 43 a donné suffisamment d’indications dans le passé, mais plutôt de savoir s’il établit une norme dont le sens fondamental peut s’harmoniser avec le consensus de l’heure.

Prises ensemble, ces considérations permettent de dégager de l’expression « raisonnable dans les circonstances » un sens fondamental solide qui est suffisant pour délimiter une sphère à l’intérieur de laquelle la correction infligée risque de donner lieu à des sanctions pénales. De façon générale, l’art. 43 ne soustrait aux sanctions pénales que l’emploi d’une force légère — ayant un effet transitoire et insignifiant — pour infliger une correction. Les experts s’accordent actuellement pour dire que cet article ne s’applique pas au châtiment corporel infligé à un enfant de moins de deux ans ou à un adolescent. La conduite dégradante, inhumaine ou préjudiciable n’est pas protégée. La correction comportant l’utilisation d’un objet ou encore des gifles ou des coups à la tête est déraisonnable. Les enseignants peuvent employer une force raisonnable pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect des directives, mais pas simplement pour infliger un châtiment corporel à un enfant. Si on ajoute à cela l’exigence que la conduite vise à infliger une correction, ce qui exclut la conduite résultant de la frustration, de l’emportement ou du tempérament violent du gardien, il se dessine une image uniforme du champ d’application de l’art. 43. Les responsables de l’application de la loi ou les juges ont tort d’appliquer leur propre perception subjective de ce qui est « raisonnable dans les circonstances »; le critère applicable est objectif. La question doit être examinée en fonction du contexte et de toutes les circonstances de l’affaire. La gravité de l’événement déclencheur n’est pas pertinente.

Le fait que des cas limites soient prévisibles n’est pas fatal. Comme l’a affirmé le juge Gonthier dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, p. 639, « c’est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites

prediction can then be made. Guidance, not direction, of conduct is a more realistic objective".

42 Section 43 achieves this objective. It sets real boundaries and delineates a risk zone for criminal sanction. The prudent parent or teacher will refrain from conduct that approaches those boundaries, while law enforcement officers and judges will proceed with them in mind. It does not violate the principle of fundamental justice that laws must not be vague or arbitrary.

43 My colleague, Arbour J., by contrast, takes the view that s. 43 is unconstitutionally vague, a point of view also expressed by Deschamps J. Arbour J. argues first that the foregoing analysis amounts to an impermissible reading down of s. 43. This contention is answered by the evidence in this case, which established a solid core of meaning for s. 43; to construe terms like "reasonable under the circumstances" by reference to evidence and argument is a common and accepted function of courts interpreting the criminal law. To interpret "reasonable" in light of the evidence is not judicial amendment, but judicial interpretation. It is a common practice, given the number of criminal offences conditioned by the term "reasonable". If "it is the function of the appellate courts to rein in overly elastic interpretations" (Binnie J., at para. 122), it is equally their function to define the scope of criminal defences.

44 Arbour J. also argues that unconstitutional vagueness is established by the fact that courts in the past have applied s. 43 inconsistently. Again, the inference does not follow. Vagueness is not argued on the basis of whether a provision has been interpreted consistently in the past, but whether it is capable of providing guidance for the future. Inconsistent and erroneous applications are not uncommon in criminal law, where many provisions admit of difficulty;

de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude. Guider, plutôt que diriger, la conduite est un objectif plus réaliste ».

L'article 43 atteint cet objectif. Il trace de vraies lignes de démarcation et délimite une sphère de risque de sanctions pénales. Le père, la mère ou l'instituteur prudent s'abstiendra d'adopter une conduite risquant de franchir ces lignes de démarcation, alors que les responsables de l'application de la loi et les juges les garderont à l'esprit. Cette disposition ne viole pas le principe de justice fondamentale voulant que les lois ne soient ni imprécises ni arbitraires.

Par contre, ma collègue la juge Arbour estime que l'art. 43 est inconstitutionnellement imprécis, un point de vue partagé par la juge Deschamps. Elle affirme, d'abord, que l'analyse qui précède représente une interprétation atténuée inacceptable de l'art. 43. Cette affirmation est démentie par la preuve soumise en l'espèce, qui confère à l'art. 43 un sens fondamental solide; l'interprétation d'une expression du genre « raisonnable dans les circonstances » fondée sur la preuve et l'argumentation soumises est une pratique judiciaire courante et acceptée en matière de droit criminel. L'interprétation du mot « raisonnable » fondée sur la preuve soumise constitue un exercice d'interprétation judiciaire et non pas une modification de la loi par voie judiciaire. Cette pratique est courante compte tenu du nombre d'infractions criminelles dont l'existence dépend du mot « raisonnable ». S'il « revient aux tribunaux d'appel de reférer les interprétations exagérément élastiques » (le juge Binnie, par. 122), il leur appartient également de définir la portée des moyens de défense pouvant être invoqués en matière criminelle.

La juge Arbour affirme également que le fait que les tribunaux aient appliqué l'art. 43 de manière incohérente dans le passé prouve que cet article est inconstitutionnellement imprécis. Là encore, cette inférence n'est pas possible. L'imprécision est invoquée non pas en fonction de la question de savoir si une disposition a été interprétée de manière uniforme dans le passé, mais plutôt en fonction de celle de savoir si elle peut donner des indications à

we do not say that this makes them unconstitutional. Rather, we rely on appellate courts to clarify the meaning so that future application may be more consistent. I agree with Arbour J. that Canadians would find the decisions in many of the past cases on s. 43 to be seriously objectionable. However, the discomfort of Canadians in the face of such unwarranted acts of violence toward children merely demonstrates that it is possible to define what corrective force is reasonable in the circumstances. Finally, Arbour J. argues that parents who face criminal charges as a result of corrective force will be able to rely on the defences of necessity and "*de minimis*". The defence of necessity, I agree, is available, but only in situations where corrective force is not in issue, like saving a child from imminent danger. As for the defence of *de minimis*, it is equally or more vague and difficult in application than the reasonableness defence offered by s. 43.

l'avenir. Les applications incohérentes et erronées sont courantes en droit criminel, où maintes dispositions peuvent poser des difficultés; cela n'en fait pas pour autant des dispositions constitutionnelles. Nous comptons plutôt sur les cours d'appel pour en clarifier le sens de manière à en assurer une application plus uniforme à l'avenir. Je conviens avec la juge Arbour que les Canadiens et Canadiennes jugeraient fort contestables un bon nombre des décisions déjà rendues au sujet de l'art. 43. Cependant, leur malaise face à cette violence injustifiée dont sont victimes des enfants montre qu'il est possible de déterminer quelle force employée pour infliger une correction est raisonnable dans les circonstances. Enfin, la juge Arbour affirme que les parents qui feront l'objet d'accusations criminelles après avoir employé la force pour infliger une correction pourront invoquer les moyens de défense fondés sur la nécessité et le principe *de minimis*. Je conviens qu'il est possible d'invoquer la nécessité comme moyen de défense, mais seulement dans des cas où il n'est pas question de force employée pour infliger une correction, notamment dans celui où il s'agissait de protéger un enfant contre un danger imminent. Quant au moyen de défense fondé sur le principe *de minimis*, il est aussi, sinon plus, imprécis et difficile à appliquer que le moyen de défense fondé sur le caractère raisonnable que prévoit l'art. 43.

(2) Overbreadth

Section 43 of the *Criminal Code* refers to corrective force against children generally. The Foundation argues that this is overbroad because children under the age of two are not capable of correction and children over the age of 12 will only be harmed by corrective force. These classes of children, it is argued, should have been excluded.

This concern is addressed by Parliament's decision to confine the exemption to reasonable correction, discussed above. Experts consistently indicate that force applied to a child too young to be capable of learning from physical correction is not corrective force. Similarly, current expert consensus indicates that corporal punishment of teenagers creates a serious risk of psychological harm: employing it would thus be unreasonable. There may however be

(2) Portée excessive

L'article 43 du *Code criminel* mentionne la force employée pour corriger les enfants en général. La Fondation soutient que cette disposition a une portée excessive du fait que les enfants de moins de deux ans ne peuvent pas être corrigés et que l'emploi de la force pour corriger des enfants de plus de 12 ans ne leur causera que du tort. Ces catégories d'enfants, fait-on valoir, auraient dû être exclues.

Le législateur a répondu à cette préoccupation en décidant de limiter l'exemption à la correction raisonnable analysée précédemment. Les experts ont constamment indiqué que la force employée contre un enfant trop jeune pour pouvoir tirer une leçon d'un châtiment corporel n'est pas destinée à infliger une correction. De même, selon le consensus qui règne actuellement chez les experts, l'infraction d'un châtiment corporel à un adolescent risque

instances in which a parent or school teacher reasonably uses corrective force to restrain or remove an adolescent from a particular situation, falling short of corporal punishment. Section 43 does not permit force that cannot correct or is unreasonable. It follows that it is not overbroad.

sérieusement de lui causer un préjudice psychologique : l'infliction d'un tel châtiment serait donc déraisonnable. Il peut cependant y avoir des cas où un père, une mère ou un instituteur emploie raisonnablement la force pour retenir un adolescent ou le soustraire à une situation particulière, sans pour autant lui infliger un châtiment corporel. L'article 43 ne permet pas l'emploi de la force qui ne peut pas avoir l'effet d'une correction ou qui n'est pas raisonnable. Il n'a donc pas une portée excessive.

II. Does Section 43 of the *Criminal Code* Offend Section 12 of the *Charter*?

47 Section 12 of the *Charter* guarantees “the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment”. The Foundation argues that s. 43 offends s.12 by authorizing the use of corrective force against children. In order to engage s. 12, the Foundation must show both (a) that s. 43 involves some treatment or punishment by the state (*Rodriguez, supra*, at pp. 608-9), and (b) that such treatment is “cruel and unusual”. These conditions are not met in this case.

48 Section 43 exculpates corrective force by parents or teachers. Corrective force by parents in the family setting is not treatment by the state. Teachers, however, may be employed by the state, raising the question of whether their use of corrective force constitutes “treatment” by the state.

49 It is unnecessary to answer this question since the conduct permitted by s. 43 does not in any event rise to the level of being “cruel and unusual”, or “so excessive as to outrage standards of decency”: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 34. Section 43 permits only corrective force that is reasonable. Conduct cannot be at once both reasonable and an outrage to standards of decency. Corrective force that might rise to the level of “cruel and unusual” remains subject to criminal prosecution.

II. L'article 43 du *Code criminel* contrevient-il à l'article 12 de la *Charte*?

L'article 12 de la *Charte* garantit le « droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». La Fondation fait valoir que l'art. 43 contrevient à l'art. 12 en autorisant l'emploi de la force pour corriger un enfant. Pour que l'art. 12 s'applique, la Fondation doit établir a) que l'art. 43 vise une peine ou un traitement infligé par l'État (*Rodriguez*, précité, p. 608-609) et b) que ce traitement est « cruel et inusité ». Ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce.

L'article 43 excuse la force que les parents ou instituteurs emploient pour infliger une correction. La force que les parents emploient pour infliger une correction dans le cadre familial n'est pas un traitement infligé par l'État. Les instituteurs peuvent toutefois être des employés de l'État, ce qui soulève la question de savoir si leur emploi de la force pour infliger une correction constitue un « traitement » infligé par l'État.

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question étant donné que, de toute façon, la conduite autorisée par l'art. 43 n'est ni « cruelle et inusitée » ni « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 34. L'article 43 ne permet que l'emploi d'une force raisonnable pour infliger une correction. Une conduite ne peut pas être à la fois raisonnable et incompatible avec la dignité humaine. L'emploi d'une force éventuellement « cruelle et inusitée » pour infliger une correction peut toujours donner lieu à des poursuites criminelles.

III. Does Section 43 of the *Criminal Code* Offend Section 15 of the *Charter*?

Section 43 permits conduct toward children that would be criminal in the case of adult victims. The Foundation argues that this distinction violates s. 15 of the *Charter*, which provides that “[e]very individual is equal before and under the law” without discrimination. More particularly, the Foundation argues that this decriminalization discriminates against children by sending the message that a child is “less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society”: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 51. This, it argues, offends the purpose of s. 15, to “prevent the violation of essential human dignity and freedom”: *Law, supra*, at para. 51. Equality can be assured, in the Foundation’s submission, only if the criminal law treats simple assaults on children in the disciplinary context the same as it treats simple assaults on adults.

The difficulty with this argument, as we shall see, is that it equates equal treatment with identical treatment, a proposition which our jurisprudence has consistently rejected. In fact, declining to bring the blunt hand of the criminal law down on minor disciplinary contacts of the nature described in the previous section reflects the resultant impact this would have on the interests of the child and on family and school relationships. Parliament’s choice not to criminalize this conduct does not devalue or discriminate against children, but responds to the reality of their lives by addressing their need for safety and security in an age-appropriate manner.

A. *The Appropriate Perspective*

Section 43 makes a distinction on the basis of age, which s. 15(1) lists as a prohibited ground of discrimination. The only question is whether this distinction is discriminatory under s. 15(1) of the *Charter*.

III. L’article 43 du *Code criminel* contrevient-il à l’article 15 de la *Charte*?

L’article 43 permet d’adopter envers les enfants une conduite qui serait criminelle si elle était adoptée envers une personne adulte. La Fondation soutient que cette distinction viole l’art. 15 de la *Charte*, qui prévoit que « [l]a loi ne fait acceptation de personne et s’applique également à tous » indépendamment de toute discrimination. Plus particulièrement, la Fondation fait valoir que cette décriminalisation est discriminatoire pour les enfants du fait qu’elle transmet le message que l’enfant est « moins capable, ou moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou [en tant] que membre de la société canadienne » : *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 51. Cela, prétend-elle, contrevient à l’objet de l’art. 15, qui est d’« empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles » : *Law*, précité, par. 51. Selon la Fondation, l’égalité ne peut être garantie que si le droit criminel traite les voies de fait simples commises sur un enfant, en le corrigeant, de la même manière que les voies de fait simples commises sur une personne adulte.

Comme nous le verrons, la difficulté que pose cet argument est qu’il assimile traitement égal à traitement identique, ce que nos tribunaux ont toujours refusé de faire. En fait, refuser l’application systématique du droit criminel au moindre contact disciplinaire du genre décrit dans la section précédente témoigne de l’incidence que cette application aurait sur les intérêts de l’enfant et sur les rapports au sein de la famille et à l’école. Le choix du législateur de ne pas criminaliser cette conduite n’est ni dévalorisant pour les enfants ni discriminatoire envers eux; il est conforme à la réalité de leur vie en répondant à leur besoin de sécurité d’une manière appropriée à leur âge.

A. *La perspective appropriée*

L’article 43 établit une distinction fondée sur l’âge, que le par. 15(1) énumère en tant que motif de discrimination prohibé. Il s’agit seulement de savoir si cette distinction est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

53 Before turning to whether s. 43 is discriminatory, it is necessary to discuss the matter of perspective. The test is whether a reasonable person possessing the claimant's attributes and in the claimant's circumstances would conclude that the law marginalizes the claimant or treats her as less worthy on the basis of irrelevant characteristics: *Law, supra*. Applied to a child claimant, this test may well confront us with the fiction of the reasonable, fully apprised preschool-aged child. The best we can do is to adopt the perspective of the reasonable person acting on behalf of a child, who seriously considers and values the child's views and developmental needs. To say this, however, is not to minimize the subjective component; a court assessing an equality claim involving children must do its best to take into account the subjective viewpoint of the child, which will often include a sense of relative disempowerment and vulnerability.

Avant de se demander si l'art. 43 est discriminatoire, il est nécessaire d'analyser la question de la perspective. Le critère applicable consiste à déterminer si une personne raisonnable possédant les caractéristiques du demandeur et se trouvant dans la même situation que lui conclurait que le droit marginalise le demandeur ou le considère moins digne d'être reconnu en raison de caractéristiques non pertinentes : *Law, précité*. Appliqué au cas où le demandeur serait un enfant, ce critère risque fort de nous conduire à l'hypothèse fantaisiste de l'enfant d'âge préscolaire, bien informé et raisonnable. Le mieux que nous puissions faire est d'adopter la perspective de la personne raisonnable agissant pour le compte d'un enfant, qui examine et évalue sérieusement le point de vue de l'enfant et les besoins qui doivent être comblés pour assurer son sain développement. Cependant, une telle affirmation n'atténue en rien l'élément subjectif; en appréciant une demande fondée sur le droit à l'égalité mettant en cause des enfants, un tribunal doit s'efforcer de tenir compte du point de vue subjectif de l'enfant, qui comportera souvent un sentiment relatif d'impuissance ou de vulnérabilité.

B. *Is Discrimination Made Out in This Case?*

54 Against this backdrop, the question may be put as follows: viewed from the perspective of the reasonable person identified above, does Parliament's choice not to criminalize reasonable use of corrective force against children offend their human dignity and freedom, by marginalizing them or treating them as less worthy without regard to their actual circumstances?

55 In *Law, supra*, Iacobucci J. listed four factors helpful in answering this question: (1) pre-existing disadvantage; (2) correspondence between the distinction and the claimant's characteristics or circumstances; (3) the existence of ameliorative purposes or effects; and (4) the nature of the interest affected.

56 The first *Law* factor, vulnerability and pre-existing disadvantage, is clearly met in this case. Children are a highly vulnerable group. Similarly, the fourth factor is met. The nature of the interest

B. *L'existence de discrimination est-elle établie en l'espèce?*

Dans ce contexte, la question peut être posée de la façon suivante : du point de vue de la personne raisonnable mentionnée plus haut, le choix du législateur de ne pas criminaliser l'emploi raisonnable de la force pour corriger un enfant porte-t-il atteinte à la dignité humaine et à la liberté de l'enfant en le marginalisant ou en le jugeant moins digne d'être reconnu, sans égard à sa situation véritable?

Dans l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci a énuméré quatre facteurs utiles pour répondre à cette question : (1) le désavantage préexistant, (2) la correspondance entre la distinction et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur, (3) l'existence d'un objet ou d'un effet d'amélioration, et (4) la nature du droit touché.

Le premier facteur de l'arrêt *Law*, à savoir la vulnérabilité et la préexistence d'un désavantage, joue clairement en l'espèce. Les enfants forment un groupe très vulnérable. C'est aussi le cas du

affected — physical integrity — is profound. No one contends that s. 43 is designed to ameliorate the condition of another more disadvantaged group: the third factor. This leaves the second factor: whether s. 43 fails to correspond to the actual needs and circumstances of children.

This factor acknowledges that a law that “properly accommodates the claimant’s needs, capacities, and circumstances” will not generally offend s. 15(1): *Law, supra*, at para. 70. “By contrast, a law that imposes restrictions or denies benefits on account of presumed or unjustly attributed characteristics is likely to deny essential human worth and to be discriminatory”: *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at para. 37. The question in this case is whether lack of correspondence, in this sense, exists.

Children need to be protected from abusive treatment. They are vulnerable members of Canadian society and Parliament and the Executive act admirably when they shield children from psychological and physical harm. In so acting, the government responds to the critical need of all children for a safe environment. Yet this is not the only need of children. Children also depend on parents and teachers for guidance and discipline, to protect them from harm and to promote their healthy development within society. A stable and secure family and school setting is essential to this growth process.

Section 43 is Parliament’s attempt to accommodate both of these needs. It provides parents and teachers with the ability to carry out the reasonable education of the child without the threat of sanction by the criminal law. The criminal law will decisively condemn and punish force that harms children, is part of a pattern of abuse, or is simply the angry or frustrated imposition of violence against children; in this way, by decriminalizing only minimal force of transient or trivial impact, s. 43 is sensitive to

quatrième facteur. La nature du droit touché — l’intégrité physique — a une grande importance. Personne ne prétend que l’art. 43 est destiné à améliorer la situation d’un autre groupe plus désavantage : le troisième facteur. Il reste le deuxième facteur : l’absence de correspondance entre l’art. 43 et les besoins et la situation véritables des enfants.

Ce facteur reconnaît qu’en général les règles de droit qui « répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur » ne contreviennent pas au par. 15(1) : *Law*, précité, par. 70. « À l’opposé, une mesure qui impose des restrictions ou refuse des avantages sur le fondement de caractéristiques présumées ou attribuées à tort risque de porter atteinte à la valeur humaine essentielle des personnes visées et d’être discriminatoire » : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 37. La question en l’espèce est de savoir s’il y a absence de correspondance dans ce sens.

Les enfants ont besoin de protection contre les mauvais traitements. Ils sont des membres vulnérables de la société canadienne; le législateur et le pouvoir exécutif agissent fort bien en les protégeant contre tout préjudice psychologique ou physique. Ce faisant, le gouvernement répond au besoin crucial qu’ont tous les enfants de vivre dans un milieu sûr. Cependant, il ne s’agit pas du seul besoin des enfants. Ces derniers dépendent également de leurs parents et de leurs instituteurs pour les guider et les discipliner, pour empêcher qu’on leur fasse du mal et pour favoriser leur sain développement dans la société. Un milieu familial et scolaire stable et sûr est essentiel à cet égard.

À l’article 43, le législateur tente de répondre à chacun de ces besoins. Il donne aux parents et aux instituteurs la capacité d’assurer à l’enfant une éducation raisonnable sans encourir des sanctions pénales. Le droit criminel condamne et punit résolument l’emploi de la force qui cause des blessures à l’enfant, qui constitue une forme d’abus systématique ou qui n’est simplement que la manifestation violente d’un sentiment de colère ou de frustration à l’égard d’un enfant; de cette façon, en ne décriminalisant

57

58

59

children's need for a safe environment. But s. 43 also ensures the criminal law will not be used where the force is part of a genuine effort to educate the child, poses no reasonable risk of harm that is more than transitory and trifling, and is reasonable under the circumstances. Introducing the criminal law into children's families and educational environments in such circumstances would harm children more than help them. So Parliament has decided not to do so, preferring the approach of educating parents against physical discipline.

- 60 This decision, far from ignoring the reality of children's lives, is grounded in their lived experience. The criminal law is the most powerful tool at Parliament's disposal. Yet it is a blunt instrument whose power can also be destructive of family and educational relationships. As the Ouimet Report explained:

To designate certain conduct as criminal in an attempt to control anti-social behaviour should be a last step. Criminal law traditionally, and perhaps inherently, has involved the imposition of a sanction. This sanction, whether in the form of arrest, summons, trial, conviction, punishment or publicity is, in the view of the Committee, to be employed only as an unavoidable necessity. Men and women may have their lives, public and private, destroyed; families may be broken up; the state may be put to considerable expense: all these consequences are to be taken into account when determining whether a particular kind of conduct is so obnoxious to social values that it is to be included in the catalogue of crimes. If there is any other course open to society when threatened, then that course is to be preferred. The deliberate infliction of punishment or any other state interference with human freedom is to be justified only where manifest evil would result from failure to interfere. [Emphasis added.]

(Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969), at pp. 12-13)

que la force minime ayant un effet transitoire ou insignifiant, l'art. 43 tient compte du besoin de l'enfant de vivre dans un milieu sûr. Cependant, l'art. 43 garantit aussi que le droit criminel ne sera pas appliqué dans le cas où l'emploi de la force fait partie d'un effort véritable d'éduquer l'enfant, s'il ne présente aucun risque raisonnable de causer un préjudice qui ne soit pas purement transitoire et insignifiant et s'il est raisonnable dans les circonstances. L'intervention du droit criminel dans le milieu familial et scolaire des enfants, dans ces circonstances, leur causerait plus de tort que de bien. Le législateur a donc décidé d'agir autrement, préférant l'approche consistant à faire prendre conscience aux parents des effets potentiellement négatifs du châtiment corporel.

Cette décision, loin de faire abstraction de la réalité de la vie des enfants, est fondée sur leur expérience de la vie. Le droit criminel est l'outil le plus puissant dont le législateur dispose. Toutefois, c'est un instrument radical dont la puissance peut aussi détruire les rapports au sein de la famille et à l'école. Comme le rapport Ouimet l'a expliqué :

Ce n'est qu'en dernier ressort que, pour essayer de lutter contre une conduite antisociale, certains comportements devraient être désignés comme criminels. Le droit criminel, traditionnellement et peut-être intrinsèquement, comporte l'imposition d'une sanction. Cette sanction, qu'elle se présente sous forme d'arrestation, d'assignation, de procès, de déclaration de culpabilité, de condamnation, de peine ou de publicité, doit, de l'avis du Comité, n'être utilisée qu'en cas de nécessité inéluctable. Des hommes et des femmes peuvent voir leur vie, publique et privée, détruite; des familles peuvent se disloquer; l'État peut avoir à supporter des frais considérables : il faut tenir compte de toutes ces conséquences au moment de déterminer si un mode de comportement nuit tellement aux valeurs sociales qu'il faille l'inclure dans la liste des crimes. Si la société dispose d'un autre recours lorsqu'elle se voit menacée, c'est à ce dernier qu'elle doit accorder la préférence. L'infraction délibérée d'une peine ou tout autre empiétement de l'État sur la liberté humaine ne peuvent se justifier que lorsqu'un mal évident résulte du défaut d'intervention. [Je souligne.]

(Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction : un lien à forger* (1969), p. 12-13)

Concluding that s. 43 should not be repealed, the Law Reform Commission of Canada pointed out that repeal “could have unfortunate consequences, consequences worse than those ensuing from retention of the section”, and which would “expose the family to the incursion of state law enforcement for every trivial slap or spanking”. “[I]s this”, it asked, “the sort of society in which we would want to live?” (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 38, *Assault* (1984), at p. 44)

The trial judge in this case found that experts on both sides were agreed that only abusive physical conduct should be criminalized and that extending the criminal law to all disciplinary force “would have a negative impact upon families and hinder parental and teacher efforts to nurture children” (trial judge, at para. 17).

The reality is that without s. 43, Canada’s broad assault law would criminalize force falling far short of what we think of as corporal punishment, like placing an unwilling child in a chair for a five-minute “time-out”. The decision not to criminalize such conduct is not grounded in devaluation of the child, but in a concern that to do so risks ruining lives and breaking up families — a burden that in large part would be borne by children and outweigh any benefit derived from applying the criminal process.

The Foundation argues that these harms could be effectively avoided by the exercise of prosecutorial discretion. However, as the Foundation asserts in its argument on vagueness, our goal should be the rule of law, not the rule of individual discretion. Moreover, if it is contrary to s. 15(1) for legislation to deny children the benefit of the criminal law on the basis of their age and consequent circumstances, it is equally discriminatory for a state agent

Concluant que l’art. 43 ne devrait pas être abrogé, la Commission de réforme du droit du Canada a signalé que son abrogation « risquerait [...] d’avoir des conséquences malheureuses, pires que celles pouvant découler du maintien de l’article en question », et que « la famille risquerait d’être exposée à la rigueur du droit pénal pour la moindre gifle, la fessée la plus anodine ». « Est-ce là », s’est-elle demandé, « le type de société dans lequel nous voulons vivre? » (Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 38, *Les voies de fait* (1984), p. 51)

Le juge de première instance a conclu, en l’espèce, que les experts des deux parties s’accordaient pour dire que seule la conduite physique abusive devrait être criminalisée et que l’application du droit criminel à tous les cas où la force est employée pour infliger une correction [TRADUCTION] « aurait des conséquences négatives sur les familles et gênerait les efforts des parents et des instituteurs pour éduquer les enfants » (juge de première instance, par. 17). 61

En fait, sans l’art. 43, le droit canadien général en matière de voies de fait criminaliserait l’emploi de la force qui ne correspond pas à notre perception du châtiment corporel, comme le fait de forcer un enfant à s’asseoir pendant cinq minutes pour qu’il se tranquillise. La décision de ne pas criminaliser une telle conduite est fondée non pas sur une dévalorisation de l’enfant, mais sur la crainte que la criminalisation de cette conduite détruise des vies et disloque des familles — un fardeau qui, dans une large mesure, serait supporté par les enfants et éclipserait tout avantage susceptible d’émaner du processus pénal. 62

La Fondation soutient que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite permettrait d’éviter ces effets néfastes. Cependant, comme la Fondation l’affirme dans son argumentation sur l’imprécision, notre objectif devrait être la primauté du droit et non la primauté de la discréction individuelle. De plus, s’il est contraire au par. 15(1) qu’une mesure législative prive les enfants du bénéfice du droit criminel en raison de leur âge et de la situation qui en résulte,

(e.g., a police officer or prosecutor) to choose not to charge or prosecute on the same basis.

64

The Foundation argues that this is not the original purpose of the law and does not reflect its actual effects. In the Foundation's view, s. 43 was intended, and continues, to promote the view that the use of corrective force against children is not simply permitted for the purposes of the criminal law, but laudable because it is "good for children". In making this argument, the Foundation relies upon s. 43's statement that parents and teachers are "justified" in the use of reasonable corrective force. Considering "justification" in *Ogg-Moss, supra*, Dickson J. (as he then was) stated that s. 43 exculpates force in the correction of the child "because it considers such an action not a wrongful, but a *rightful*, one" (p.193 (emphasis in original)). The Foundation submits that as a "justification", s. 43 necessarily identifies praise-worthy conduct.

65

In my view, this position is overstated. We cannot conclude that Parliament intended to endorse using force against children from a single word, without also considering the history and context of the provision. In our first *Criminal Code*, enacted in 1892 (S.C. 1892, c. 29), Parliament used "lawful" instead of "justified" in the analogous provision:

55. It is lawful for every parent, or person in the place of a parent, schoolmaster or master, to use force by way of correction towards any child, pupil or apprentice under his care, provided that such force is reasonable under the circumstances.

It did so even though the term "justified" appeared in other defences such as the use of force to prevent the commission of a major offence (s. 44) and self-defence (s. 45) — defences that we classically associate with moral approval. So at this time, it is clear that Parliament was not asserting

il est tout aussi discriminatoire qu'un mandataire de l'État (par exemple, un policier ou le ministère public) choisisse de ne pas porter d'accusations ou de ne pas engager de poursuites pour les mêmes raisons.

La Fondation fait valoir que cela ne représente pas l'objet initial de la règle de droit en question et ne reflète pas ses effets véritables. Selon la Fondation, l'art. 43 visait, et vise toujours, à promouvoir l'idée que l'emploi de la force pour corriger un enfant est non seulement permis sur le plan du droit criminel, mais encore qu'il est louable parce qu'il est [TRADUCTION] « bon pour les enfants ». En avançant cet argument, la Fondation s'appuie sur l'énoncé de l'art. 43 voulant que les parents et les instituteurs soient « fondé[s] » (« *justified* ») à employer une force raisonnable pour infliger une correction. Dans l'arrêt *Ogg-Moss*, précité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé, au sujet de la question de la « justification », que l'art. 43 excuse l'emploi de la force pour corriger l'enfant, « la raison à cela étant qu'une telle action est considérée non comme mauvaise, mais comme *légitime* » (p. 193 (en italique dans l'original)). La Fondation soutient que, à titre de « justification », l'art. 43 décrit nécessairement une conduite louable.

À mon avis, ce point de vue est exagéré. Nous ne pouvons pas déduire d'un seul mot que le législateur a voulu approuver l'emploi de la force contre un enfant, sans examiner également l'historique et le contexte de cette disposition. Dans notre premier *Code criminel*, adopté en 1892 (S.C. 1892, ch. 29), le législateur a utilisé l'expression « a le droit » au lieu de « est fondé » dans la disposition analogue :

55. Tout père et mère ou toute personne qui les remplace, tout maître d'école, instituteur ou patron, a le droit d'employer la force, sous forme de correction, contre un enfant, élève ou apprenti confié à ses soins, pourvu que cette force soit raisonnable dans les circonstances.

Il l'a fait même si l'expression « est justifiable » figurait dans des dispositions créant d'autres moyens de défense comme l'emploi de la force pour empêcher la perpétration d'une infraction grave (art. 44) et pour repousser une attaque (art. 45) — moyens de défense que nous associons

the exempted force was moral or good. It was not until the 1953-54 re-enactment of the *Criminal Code* (S.C. 1953-54, c. 51) that Parliament replaced “it is lawful” with “justified”. We do not know why it did so. We do know that the change was not discussed in Parliament, and that there is no indication that Parliament suddenly felt that the reasonable force in the correction of children now demanded the state’s explicit moral approval. Finally, we know that the government has adopted a program designed to educate parents and caregivers on the potentially negative effects of using corporal punishment against children. Viewing s. 43 in light of its history and the larger legislative and policy context, it is difficult to conclude that Parliament intended by using the word “justify” to send the message that using force against children is “right” or “good”. The essence of s. 43 is not Parliament’s endorsement of the use of force against children; it is the exemption from criminal sanction for their parents and teachers in the course of reasonable correction.

My colleague, Binnie J., suggests that the negative impact of criminalizing minor corrective force is irrelevant to the s. 15 equality analysis and should only be considered at the stage of justifying a breach of s. 15 under s. 1 of the *Charter* (paras. 74 and 85). More particularly, he argues, at para. 100, that “[s]ection 43 protects parents and teachers, not children” (emphasis added), and therefore inquiry into the impugned laws precludes correspondence to children’s needs, capacities and circumstances in the s. 15 analysis. With respect, I cannot agree. The claimants here are children. The *Law* analysis requires that the Court consider whether the limited exemption from criminal sanction for parents and teachers corresponds to the needs of children. This is a necessary step in determining whether the distinction demeans children and treats them as less worthy. We should not artificially truncate the s. 15 equality analysis because similar considerations

habituellement à une approbation morale. Il est donc maintenant clair que le législateur n’affirmait pas que la force visée par l’exemption était morale ou bonne. Ce n’est pas avant la nouvelle édition du *Code criminel* en 1953-54 (S.C. 1953-54, ch. 51) que le législateur a remplacé « a le droit » par « est fondé ». Nous ignorons ce qui l’a poussé à le faire. Nous savons cependant que cette modification n’a pas été débattue au Parlement et que rien n’indique que le législateur a soudainement considéré que l’emploi d’une force raisonnable pour corriger un enfant requérait désormais l’approbation morale explicite de l’État. Enfin, nous savons que le gouvernement a adopté un programme destiné à faire prendre conscience aux parents et aux gardiens des effets potentiellement négatifs de l’infraction d’un châtiment corporel à un enfant. Considérant l’art. 43 à la lumière de son historique et de son contexte législatif et politique général, il est difficile de conclure qu’en utilisant l’expression « est fondé », le législateur a voulu transmettre le message qu’il est « bien » ou « bon » d’employer la force contre les enfants. L’article 43 ne représente pas essentiellement une approbation par le législateur de l’emploi de la force contre les enfants; il soustrait aux sanctions pénales les parents et les instituteurs qui leur infligent une correction raisonnable.

Mon collègue le juge Binnie indique que l’effet négatif de la criminalisation de l’emploi d’une force légère pour infliger une correction n’a rien à voir avec l’analyse de l’égalité fondée sur l’art. 15 et ne doit être pris en considération qu’à l’étape où il s’agit d’examiner si une atteinte aux droits garantis par l’art. 15 est justifiée au regard de l’article premier de la *Charte* (par. 74 et 85). Il affirme, en particulier, que « [l]’article 43 protège les pères, mères et instituteurs, et non les enfants » (par. 100 (je souligne)) et que, par conséquent, l’examen de la règle de droit contestée, effectué dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 15, ne doit pas consister à se demander si le traitement infligé correspond aux besoins, aux capacités et à la situation des enfants. En toute déférence, je ne suis pas d’accord. En l’espèce, les demandeurs sont des enfants. L’analyse dictée par l’arrêt *Law* oblige la Cour à se demander si l’exemption de sanctions pénales limitée dont

may be relevant to justification in the event a breach of s. 15 is established.

67

Some argue that, even if the overall effect of s. 43 is salutary, for some children the effects of s. 43 will turn out to be more detrimental than beneficial. To this, two responses lie. First, where reasonable corrective force slips into harmful, degrading or abusive conduct, the criminal law remains ready to respond. Secondly, as Iacobucci J. stated in *Law, supra*, compliance with s. 15(1) of the *Charter* does not require "that legislation must always correspond perfectly with social reality" (para. 105). Rather,

[n]o matter what measures the government adopts, there will always be some individuals for whom a different set of measures might have been preferable. The fact that some people may fall through a program's cracks does not show that the law fails to consider the overall needs and circumstances of the group of individuals affected . . .

(*Gosselin, supra*, at para. 55)

68

I am satisfied that a reasonable person acting on behalf of a child, apprised of the harms of criminalization that s. 43 avoids, the presence of other governmental initiatives to reduce the use of corporal punishment, and the fact that abusive and harmful conduct is still prohibited by the criminal law, would not conclude that the child's dignity has been offended in the manner contemplated by s. 15(1). Children often feel a sense of disempowerment and vulnerability; this reality must be considered when assessing the impact of s. 43 on a child's sense of dignity. Yet, as emphasized, the force permitted is limited and must be set against the reality of a

bénéficient les parents et les instituteurs correspondent aux besoins des enfants. Il s'agit là d'une étape qui doit nécessairement être franchie pour déterminer si la distinction est dégradante pour les enfants et les tient pour moins dignes d'être reconnus. Nous ne devons pas tronquer artificiellement l'analyse de l'égalité fondée sur l'art. 15 pour le motif que des considérations similaires peuvent être utiles pour déterminer, le cas échéant, si une atteinte aux droits garantis par l'art. 15 est justifiée dans le cas où son existence est établie.

D'aucuns soutiennent que, même si, dans l'ensemble, les effets de l'art. 43 sont salutaires, ces effets se révéleront plus préjudiciables que bénéfiques pour certains enfants. Il y a deux façons de répondre à cet argument. Premièrement, le droit criminel est prêt à intervenir lorsque l'emploi de la force raisonnable pour infliger une correction dégénérée en conduite préjudiciable, dégradante ou abusive. Deuxièmement, comme le juge Iacobucci l'a précisé dans l'arrêt *Law*, précité, pour respecter le par. 15(1) de la *Charte*, « une loi [ne] doit [pas] toujours correspondre parfaitement à la réalité sociale » (par. 105). Au contraire,

[q]uelles que soient les mesures adoptées par le gouvernement, il existera toujours un certain nombre de personnes auxquelles un autre ensemble de mesures aurait mieux convenu. Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d'un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l'ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touché . . .

(*Gosselin*, précité, par. 55)

Je suis convaincu qu'une personne raisonnable qui agit pour le compte d'un enfant et qui est consciente des effets néfastes de la criminalisation que permet d'éviter l'art. 43, de l'existence d'autres initiatives gouvernementales visant à réduire le recours aux châtiments corporels et du fait qu'une conduite abusive et préjudiciable est toujours interdite par le droit criminel, ne conclurait pas qu'une atteinte à la dignité de l'enfant a été portée de la manière prévue au par. 15(1). Les enfants se sentent souvent impuissants et vulnérables; il faut tenir compte de ce fait en évaluant l'incidence de l'art. 43 sur le sentiment de dignité d'un enfant. Cependant, comme je l'ai

child's mother or father being charged and pulled into the criminal justice system, with its attendant rupture of the family setting, or a teacher being detained pending bail, with the inevitable harm to the child's crucial educative setting. Section 43 is not arbitrarily demeaning. It does not discriminate. Rather, it is firmly grounded in the actual needs and circumstances of children. I conclude that s. 43 does not offend s. 15(1) of the *Charter*.

IV. Conclusion

I would dismiss the appeal. The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law has, on behalf of children, brought an important issue of constitutional and criminal law that was not otherwise capable of coming before the Court. This justifies deviating from the normal costs rule and supports an order that both parties bear their own costs throughout.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

3. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

souligné, la force autorisée est limitée et doit être évaluée au regard de la réalité de la mère ou du père accusé qui se retrouve pris dans l'engrenage du système de justice pénale, sans compter la destruction du milieu familial qui en résulte, ou de celle de l'enseignant détenu en attendant le versement d'une caution et au tort inévitablement causé au milieu essentiel à l'éducation de l'enfant. L'article 43 ne porte pas arbitrairement atteinte à la dignité. Il n'est pas discriminatoire. Au contraire, il repose fermement sur les besoins et la situation véritables des enfants. Je conclus que l'art. 43 ne contrevient pas au par. 15(1) de la *Charte*.

IV. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law a soulevé, au nom des enfants, une importante question de droit constitutionnel et de droit criminel qui n'aurait autrement pas pu être soumise à la Cour. Cela justifie une dérogation à la règle normale en matière de dépens et la délivrance d'une ordonnance enjoignant à chacune des parties de supporter ses propres dépens dans toutes les cours.

Je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes :

1. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

5. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

The following are the reasons delivered by

71 BINNIE J. (dissenting in part) — A child is guaranteed “equal protection and equal benefit of the law” by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, denies children the protection of the criminal law against the infliction of physical “force” that would be a criminal assault if used against an adult. The sole reason for children being placed in this inferior position is that they are children.

72 Notwithstanding these facts, my colleague, the Chief Justice, is of the view that the equality rights of the child are not infringed by s. 43 because “a reasonable person acting on behalf of a child . . . would not conclude that the child’s dignity has been offended in the manner contemplated by s. 15(1)” (para. 68). With all due respect to the majority of my colleagues, there can be few things that more effectively designate children as second-class citizens than stripping them of the ordinary protection of the assault provisions of the *Criminal Code*. Such

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident en partie) — Aux termes du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, un enfant a droit « à la même protection et au même bénéfice de la loi ». L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prive les enfants de la protection que leur accorde le droit criminel contre l'emploi de la « force » physique, alors que l'emploi de cette force contre un adulte constituerait une infraction criminelle de voies de fait. Les enfants se trouvent dans cette position d'infériorité pour la seule raison qu'ils sont des enfants.

Malgré ces faits, ma collègue la Juge en chef est d'avis que l'art. 43 ne porte pas atteinte aux droits de l'enfant à l'égalité parce qu'*« une personne raisonnable qui agit pour le compte d'un enfant [. . .] ne conclurait pas qu'une atteinte à la dignité de l'enfant a été portée de la manière prévue au par. 15(1) »* (par. 68). En toute déférence pour mes collègues de la majorité, j'estime que peu de choses peuvent désigner plus efficacement les enfants comme des citoyens de deuxième ordre que le fait de les priver de la protection ordinaire offerte par les dispositions

stripping of protection is destructive of dignity from any perspective, including that of a child. Protection of physical integrity against the use of unlawful force is a fundamental value that is applicable to all. The “dignity” requirement, which gathered full force in this Court’s judgment in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, provides a useful and important insight into the purpose of s. 15(1), but it should not become an unpredictable side-wind powerful enough to single-handedly blow away the protection that the *Criminal Code* would otherwise provide.

I therefore agree with my colleague Deschamps J., albeit for somewhat different reasons, that there has been a *prima facie* infringement of children’s equality rights guaranteed by s. 15(1). I would dismiss the challenges brought by the appellant under s. 7 and s. 12. “Reasonableness” is not a standard that is constitutionally vague (s. 7), nor would s. 43 condone corrective force that is “cruel and unusual” (s. 12).

My respectful disagreement with the majority opinion is not only with the narrowed scope of s. 15(1) protection, but with the technique by which this narrowing is accomplished, namely by moving into s. 15(1) a range of considerations that, in my view, ought properly to be left to government justification under s. 1. The Chief Justice states, for example, that there are good reasons for “declining to bring the blunt hand of the criminal law down on minor disciplinary contacts of the nature described in the previous section [with] the resultant impact this would have on the interests of the child and on family and school relationships” (para. 51), and that families should be protected from “the incursion of state law enforcement for every trivial slap or spanking” (para. 60). These are important matters but they are not matters that relate to equality. They relate to a justification to deny equality. These are arguments that say that in light of broader social considerations related to the values of privacy in family life, and *despite* the infringement of the child’s equality

du *Code criminel* relatives aux voies de fait. Les priver ainsi de cette protection porte atteinte à leur dignité, quelle que soit la perspective adoptée, y compris celle d’un enfant. La protection de l’intégrité physique contre l’emploi d’une force illégale est une valeur fondamentale qui s’applique à tous. L’exigence de la « dignité », à laquelle l’arrêt de notre Cour, *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, a donné toute sa vigueur, fournit des éclaircissements utiles et importants sur l’objet du par. 15(1), mais elle ne doit pas devenir un facteur indirect imprévisible assez puissant pour écarter à lui seul la protection que le *Code criminel* offrirait autrement.

73

Je souscris donc, quoique pour des motifs quelque peu différents, à l’opinion de ma collègue la juge Deschamps selon laquelle il y a, à première vue, atteinte aux droits des enfants à l’égalité que leur garantit le par. 15(1). Je suis d’avis de rejeter les prétentions de l’appelante qui sont fondées sur les art. 7 et 12. Le « caractère raisonnable » ne constitue pas une norme imprécise au point d’être inconstitutionnelle (art. 7) et l’art. 43 ne cautionne pas l’emploi d’une force qui constituerait une peine « cruelle et inusitée » (art. 12).

74

Je diverge d’opinion avec mes collègues de la majorité non seulement quant à la portée restreinte qu’elle attribue à la garantie prévue au par. 15(1), mais également quant à la technique qu’ils utilisent pour la restreindre, soit l’inclusion dans l’application du par. 15(1) d’une série de considérations qui, selon moi, devraient plutôt entrer en jeu dans la démonstration de la justification qui incombe au gouvernement en application de l’article premier. La Juge en chef affirme par exemple qu’il existe de bonnes raisons de « refuser l’application systématique du droit criminel au moindre contact disciplinaire du genre décrit dans la section précédente [vu] l’incidence que cette application aurait sur les intérêts de l’enfant et sur les rapports au sein de la famille et à l’école » (par. 51), et que les familles devraient être protégées de « la rigueur du droit pénal pour la moindre gifle, la fessée la plus anodine » (par. 60). Ce sont là des questions importantes, mais elles n’ont pas de lien avec le droit à l’égalité. Elles se rapportent plutôt à la justification d’une

rights, a degree of parental immunity is nevertheless a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

75 As will be seen, I would uphold s. 43 in relation to parents or those who stand in the place of parents, and in that respect dismiss the appeal. While the equality rights of the children (i.e., persons under 18 years old) are *prima facie* infringed by s. 43, I conclude that in balancing the needs of the claimants against the legitimate needs of our collective social existence, the infringement is a reasonable limit that has been justified under s. 1.

76 On the other hand, the s. 1 justification for extending parent-like protection to teachers is not convincing. In my view, the references to “school-teacher” and “pupil” should be struck out of s. 43 and declared to be null and void.

77 I propose to organize my reasons for these conclusions under the following headings:

1. The proper interpretation of s. 43 of the *Criminal Code*;
2. The scope of s. 15(1) of the *Charter*;
3. The meaning of discrimination and the “correspondence” factor;
4. Resurgence of the “relevance” factor;
5. The violation of human dignity;
6. The s. 1 justification
 - (a) in relation to parents or persons standing in the place of parents;
 - (b) in relation to teachers.

atteinte au droit à l'égalité. Ce sont des arguments visant à établir que, pour des considérations sociales plus générales liées au respect de la vie privée de la famille et *malgré* l'atteinte aux droits de l'enfant à l'égalité, une certaine immunité parentale constitue une limite raisonnable qui peut se justifier dans une société libre et démocratique.

Comme nous le verrons, je suis d'avis de confirmer la validité de l'art. 43 en ce qui concerne les pères et mères, ainsi que les personnes qui les remplacent, et de rejeter le pourvoi sur ce point. Bien que l'art. 43 restreigne à première vue les droits des enfants (c'est-à-dire des personnes de moins de 18 ans) à l'égalité, je conclus qu'après pondération des besoins du groupe visé en regard des besoins légitimes de notre existence sociale collective, cette restriction constitue une limite raisonnable dont la justification a été démontrée au sens de l'article premier.

Par contre, la justification requise par l'article premier pour que soit accordée aux instituteurs une protection semblable à celle garantie aux pères et mères n'est pas convaincante. À mon avis, les mentions de l'« instituteur » et de l'« élève » devraient être retranchées de l'art. 43 et déclarées inopérantes.

Je propose de regrouper les motifs qui fondent ces conclusions sous les intitulés suivants :

1. L'interprétation correcte de l'art. 43 du *Code criminel*;
2. La portée du par. 15(1) de la *Charte*;
3. Le sens du mot « discrimination » et le facteur de la « correspondance »;
4. Nouvel essor du facteur de la « pertinence »;
5. L'atteinte à la dignité humaine;
6. La justification requise par l'article premier
 - a) en ce qui concerne les pères et mères ainsi que les personnes qui les remplacent;
 - b) en ce qui concerne les instituteurs.

1. The Proper Interpretation of Section 43 of the Criminal Code

Section 43 reads as follows:

Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

In *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, the Court held that the section applied in the case of force applied to “a child” which was held to mean “a person chronologically younger than the age of majority” (p. 186) which, in Ontario, pursuant to the *Age of Majority and Accountability Act*, R.S.O. 1990, c. A.7, s. 1, is 18 years.

As will be discussed, the assault provisions of the *Criminal Code* are extremely broad. In addition to the obvious purpose of maintaining public order, the prohibition of assault and battery has been considered since the time of Blackstone to protect the “sacred” right of everyone to physical inviolability:

... the law cannot draw the line between different degrees of violence, and therefore totally prohibits the first and lowest stage of it; every man's person being sacred, and no other having a right to meddle with it, in any the slightest manner.

(W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book III, 1768, at p. 120)

More recently, it was stated in this Court:

Clearly, the purpose of the assault scheme is much broader than just the protection of persons from serious physical harm. The assault scheme is aimed more generally at protecting people's physical integrity.

(*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, L'Heureux-Dubé J. concurring, at para. 11)

The majority read significant limitations into the scope of s. 43 protection, concluding that it provides no defence or justification where force is used (i) against children under two, or (ii) against

1. L'interprétation correcte de l'article 43 du Code criminel

L'article 43 est ainsi rédigé :

78

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

Dans l'arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, la Cour a conclu que cette disposition s'appliquait dans les cas où la force employée visait un « enfant », terme qui a été interprété comme signifiant « un mineur » (p. 186), c'est-à-dire, en Ontario, une personne de moins de 18 ans, selon la *Loi sur la majorité et la capacité civile*, L.R.O. 1990, ch. A.7, art. 1.

79

Comme nous le verrons plus loin, les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait ont une portée extrêmement étendue. Depuis l'époque de Blackstone, on considère qu'outre son objectif évident de maintien de l'ordre public, l'interdiction des voies de fait protège le droit [TRADUCTION] « sacré » de toute personne à son intégrité physique :

80

... la loi ne peut tirer une ligne de séparation entre divers degrés de violence, et par cette raison elle interdit sans restriction même la moindre violence, la personne de tout homme étant sacrée, et nul n'ayant le droit de lui porter aucune atteinte, quelque légère qu'elle soit.

(W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 4, 1823, p. 195-196)

Plus récemment, notre Cour a déclaré ceci :

L'objectif du régime des voies de fait est nettement beaucoup plus large que la simple protection des personnes contre les blessures graves. Le régime des voies de fait vise, de façon plus générale, à protéger l'intégrité physique des gens.

(*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, la juge L'Heureux-Dubé, motifs concordants, par. 11)

81

Les juges de la majorité introduisent des limites importantes dans leur interprétation de la protection conférée par l'art. 43. Ils concluent que ce dernier n'offre aucun moyen de défense ni justification à la

children of any age suffering a disability, or (iii) that “causes harm or raises a reasonable prospect of harm” to children of two years or older, or (iv) that is degrading to children two years or older, or (v) that constitutes corporal punishment of teenagers, or (vi) that includes the use of objects such as a belt on any child of whatever age, or (vii) which involves slaps or blows to the head. Such an interpretive exercise, gearing itself off the references in s. 43 to “correction” and “reasonable under the circumstances”, introduces a series of classifications and sub-classifications which are helpful to the protection of children, but do not relieve a court from the statutory direction to consider what is reasonable in all the circumstances. The accused, too, is entitled to receive the full protection that the s. 43 defence, fairly interpreted, allows. Moreover, my colleagues’ differentiation between the type of protection given to teachers from that given to parents, and the confinement of protection of teachers to matters affecting order in the schools as opposed to more general “correction”, could be seen as going beyond a definition of “the scope of criminal defences” (reasons of the Chief Justice, at para. 43) and pushing the boundary between judicial interpretation and judicial amendment.

personne qui emploie la force (i) contre des enfants de moins de deux ans, (ii) contre des enfants de tout âge souffrant d'un handicap, (iii) « causant un préjudice ou suscitant un risque raisonnable de préjudice » à des enfants de deux ans ou plus, (iv) d'une façon dégradante contre des enfants de deux ans ou plus, (v) pour infliger un châtiment corporel à des adolescents, (vi) en utilisant un objet tel qu'une ceinture contre un enfant de tout âge, ou (vii) en administrant des gifles ou des coups à la tête. Pareil exercice d'interprétation, avec pour simple point de départ la mention, à l'art. 43, de la force employée « pour corriger » qui est « raisonnable dans les circonstances », crée une série de catégories et de sous-catégories qui contribuent à la protection des enfants, mais qui ne dispensent pas un tribunal de l'obligation que la loi lui impose de déterminer ce qui est raisonnable eu égard à toutes les circonstances. L'accusé a lui aussi droit à la protection complète que lui offre le moyen de défense fondé sur l'art. 43, interprété de manière équitable. En outre, certains pourraient croire qu'en établissant une distinction entre le type de protection accordé aux instituteurs et celui accordé aux pères et mères, et en restreignant la protection des instituteurs aux affaires qui concernent le maintien de l'ordre dans les écoles, par opposition à l'objectif plus général de « correction », mes collègues ne se contentent pas de définir « la portée des moyens de défense pouvant être invoqués en matière criminelle » (motifs de la Juge en chef, par. 43) et repoussent la frontière entre l'interprétation judiciaire et la modification de la loi par voie judiciaire.

82 Nevertheless, as my disagreement with the majority relates to the interpretation of s. 15(1) of the *Charter*, rather than statutory interpretation, these reasons will focus on s. 15(1) and its relationship to s. 1. The interpretation of s. 43 offered by the Chief Justice still leaves considerable scope for “corporal punishment” of children between 2 and 12, including “sober, reasoned uses of force” (para. 24) and “corrective force to restrain or remove an adolescent [i.e., 12 to 18 years old] from a particular situation, falling short of corporal punishment” (para. 46). Section 43, thus interpreted, still withdraws from children protection of their physical integrity in circumstances where the

Cependant, comme mon désaccord avec les juges de la majorité touche l'interprétation du par. 15(1) de la *Charte*, et non l'interprétation de la loi, les présents motifs porteront essentiellement sur le par. 15(1) et sur son rapport avec l'article premier. L'interprétation de l'art. 43 proposée par la Juge en chef laisse encore une place considérable aux « châtiments corporels » infligés aux enfants âgés de 2 à 12 ans, notamment à « l'emploi réfléchi d'une force modérée » (par. 24) et à la « la force pour retenir un adolescent [c.-à-d. entre 12 et 18 ans] ou le soustraire à une situation particulière, sans pour autant lui infliger un châtiment corporel » (par. 46). Ainsi interprété, l'art. 43 prive encore les enfants de la

amount of force used would be criminal if used against an adult.

2. The Scope of Section 15(1) of the Charter

The legislative history of s. 15 is of some interest here. As originally proposed, what is now s. 15(1) was more tightly circumscribed. The original draft provided:

Non-discrimination Rights

Everyone has the right to equality before the law and to the equal protection of the law without discrimination because of race, national or ethnic origin, colour, religion, age or sex.

(*The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada* (1980), at p. 20)

As a result of the deliberations of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution, s. 15(1) as recommended and ultimately adopted had blossomed into a full equality rights clause:

Equality Rights

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.

The addition of the words “and, in particular” was seemingly designed to bifurcate the section, thereby liberating the first branch (the broad equality right) from the confines of the second branch (the traditional grounds of prohibited discrimination). Thus there were some early judicial efforts to measure legislative classifications against the principles of equal protection and equal benefit of the law even where the ground of distinction did not relate to an enumerated or analogous ground: see, e.g., *Streng v. Township of Winchester* (1986), 31 D.L.R. (4th) 734 (Ont. H.C.); *Jones v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 737 (H.C.); and *Piercey v. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th) 373

protection de leur intégrité physique dans des circonstances où la force employée serait suffisante pour être criminelle si elle était employée contre un adulte.

2. La portée du paragraphe 15(1) de la Charte

L'historique législatif du par. 15 présente un certain intérêt en l'espèce. À l'origine, ce qui constitue maintenant le par. 15(1) était plus strictement limité. Le projet original était ainsi rédigé :

Droits à la non-discrimination

Tous sont égaux devant la loi et ont droit à la même protection de la loi, indépendamment de toute distinction fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge ou le sexe.

(*La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada* (1980), p. 21)

À la suite des délibérations du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, le par. 15(1), tel qu'il a été recommandé et finalement adopté, est devenu une disposition garantissant les droits à l'égalité complète :

Droits à l'égalité

La loi ne fait acceptation 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.

L'ajout du mot « notamment » semblait viser à scinder la disposition et, par le fait même, à libérer le premier volet (le droit général à l'égalité) des limites établies dans le second (les motifs traditionnels de discrimination interdite). Par conséquent, les cours de justice se sont efforcées, au début, d'examiner les classifications législatives au regard des principes d'égalité de bénéfice et de protection de la loi, même lorsque le motif de discrimination n'était pas lié à un des motifs énumérés ou analogues : voir, p. ex., *Streng c. Township of Winchester* (1986), 31 D.L.R. (4th) 734 (H.C. Ont.); *Jones c. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 737 (H.C.); et *Piercey c. General Bakeries Ltd.* (1986), 31 D.L.R. (4th)

(Nfld. S.C. (T.D.)). This Court, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, concluded that a narrower view of s. 15(1) would best fulfill its purpose. McIntyre J. identified differential treatment on the basis of the listed or analogous personal characteristics as an essential condition precedent to s. 15(1) relief. However wise that interpretation, based as much as anything on the judiciary's reluctance to accept an invitation to second-guess Parliament on every legislative classification, irrespective of the ground giving rise to the distinction, *Andrews* nevertheless had the effect of narrowing the potential constituency of s. 15(1) claimants. Complainants who argued generally about unequal treatment were held not to be covered. A claimant had to identify a particular basis for the unequal treatment and show that the basis thus identified resided in a personal characteristic, either listed in s. 15(1) or analogous to those that were listed.

- 85 We should be careful in this case not to additionally circumscribe s. 15(1) protection by burdening those who still remain within its coverage with making proof of matters (sometimes proof of a negative) that ought to be dealt with by governments by way of justification under s. 1.

3. The Meaning of Discrimination and the “Correspondence” Factor

- 86 In *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 110, a majority of the Court summarized the approach to s. 15(1) claims as follows:

It is now clearly established that the [equality] analysis proceeds in three stages with close regard to context. At the first stage the claimant must show that the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others with whom the claimant may fairly claim equality. The second stage requires the claimant to demonstrate that this differentiation is based on one or more of the enumerated or analogous grounds. The third stage requires the claimant to establish that the

373 (C.S.T.-N. (1^{re} inst.)). Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a conclu qu'une interprétation plus restrictive du par. 15(1) permettrait de mieux en réaliser l'objet. Le juge McIntyre a précisé que l'existence d'une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle énumérée ou analogue était une condition essentielle à l'obtention d'une réparation fondée sur le par. 15(1). Pour sage que soit cette interprétation, qui repose en grande partie sur la réticence des tribunaux à évaluer rétrospectivement chaque classification législative établie par le législateur, indépendamment du motif de distinction, l'arrêt *Andrews* a eu pour effet de réduire le nombre de demandeurs potentiellement visés par le par. 15(1). Les plaignants qui alléguent de façon générale avoir été victimes de traitement inégal ont été jugés exclus. Le demandeur devait préciser le motif particulier sur lequel était fondé le traitement inégal allégué et prouver que ce motif correspondait à une caractéristique personnelle énumérée au par. 15(1) ou à une caractéristique analogue.

Il faut éviter en l'espèce de circonscrire davantage la protection offerte par le par. 15(1) en imposant à ceux qui demeurent visés par ce dernier le fardeau de prouver des faits (parfois par la négative) qu'il incombe aux gouvernements d'établir dans le cadre de la justification requise par l'article premier.

3. Le sens du terme « discrimination » et le facteur de la « correspondance »

Dans l'affaire *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 110, les juges majoritaires ont résumé ainsi la démarche à adopter pour statuer sur les demandes fondées sur le par. 15(1) :

Il est maintenant clairement établi que l'analyse [concernant l'égalité] comporte trois étapes et qu'une grande attention est accordée au contexte. À la première étape, le demandeur doit démontrer que la loi, le programme ou l'activité a pour effet d'imposer une différence de traitement entre lui et d'autres personnes par rapport auxquelles il peut à juste titre prétendre à l'égalité. À la deuxième étape, le demandeur doit établir que cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés

differentiation amounts to a form of discrimination that has the effect of demeaning the claimant's human dignity. The "dignity" aspect of the test is designed to weed out trivial or other complaints that do not engage the purpose of the equality provision.

See also *Law, supra*, at para. 39, and *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at para. 17.

The Crown concedes that a formal distinction is made in s. 43 on the basis of age, viz., an enumerated ground. However, as the cases have held, distinctions made on enumerated or analogous grounds do not necessarily amount to discrimination. The debate, therefore, shifts to whether the distinction made in s. 43 amounts, in law, to discrimination.

The nature of the children's interest, physical integrity, clearly warrants constitutional protection.

There is no doubt, in my view, that s. 43 is caught by the definition of discrimination given by McIntyre J. in *Andrews, supra*, at pp. 174-75:

I would say then that 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.

Applying this definition to s. 43, it cannot be disputed that s. 43 intentionally withholds from children the benefit available to everyone else (i.e., adults) of the protection of the assault provisions of the *Criminal Code* in the circumstances therein contemplated, and that the only reason for this withholding is that they are children. Protection of the *Criminal Code* is an advantage. Applying the

ou motifs analogues. À la troisième étape, le demandeur doit prouver que la distinction équivaut à une forme de discrimination ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité humaine. L'aspect « dignité » du critère vise à écarter les plaintes fuites ou autres qui ne mettent pas en cause l'objet de la disposition relative à l'égalité.

Voir aussi *Law*, précité, par. 39, et *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 17.

Le ministère public concède que l'art. 43 établit une distinction formelle fondée sur l'âge, l'un des motifs énumérés. Cependant, il ressort de la jurisprudence que les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue ne sont pas nécessairement discriminatoires. Le débat porte donc sur la question de savoir si la distinction établie à l'art. 43 constitue, en droit, de la discrimination.

La nature du droit des enfants, savoir leur droit à l'intégrité physique, mérite clairement la protection constitutionnelle.

À mon sens, il ne fait aucun doute que l'art. 43 est visé par la définition du terme « discrimination » donnée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité, p. 174-175 :

J'affirmerais alors que 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.

Si l'on applique cette définition à l'art. 43, on ne peut nier que cette disposition prive intentionnellement les enfants d'un avantage dont toutes les autres personnes (c.-à-d. les adultes) bénéficient, soit de la protection conférée par les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait dans les circonstances prévues, et qu'ils en sont privés pour la seule raison qu'ils sont des enfants. La protection qu'offre

Andrews test as originally laid down, therefore, I believe the claimant has established a *prima facie* breach of s. 15(1).

90 In *Law*, this Court, speaking through Iacobucci J., expressly endorsed the *Andrews* test (paras. 22 and 26), but also went on to synthesize the subsequent case law into a series of propositions designed to add structure to the s. 15(1) analysis. This included the identification of four contextual factors as markers for distinctions that amount to discrimination, “although”, as Iacobucci J. pointed out, “there are undoubtedly others, and not all four factors will necessarily be relevant in every case” (para. 62). The purpose of the contextual factors is to focus attention on the impact of the impugned law — how “severe and localized the . . . consequences [are] on the affected group” (see *Gosselin, supra*, at para. 63, citing *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 63).

91 The Chief Justice agrees that three of these four contextual factors point to discrimination in this case, including (i) the pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice directed at children, (ii) the nature and scope of the children’s interests affected, namely their physical integrity, and (iii) the fact that s. 43 does not have an ameliorative purpose or effect for a more disadvantaged group. In my colleague’s view, these markers of discrimination are outweighed by the importance of the fourth “contextual factor”, i.e., the alleged correspondence between the actual needs and circumstances of children and the diminished protection they enjoy under s. 43. In her view, the objective of substantive equality (as distinguished from formal equality) justifies the differential treatment of children.

92 I agree with my colleague that the first three “contextual factors” support a finding of discrimination. I also agree with Iacobucci J. in *Law* that not every factor is relevant in every case. Not every

le *Code criminel* est un avantage. L’application du critère de l’arrêt *Andrews*, tel qu’il a été formulé à l’origine, me permet donc de croire que la demanderesse a démontré l’existence à première vue d’une atteinte aux droits garantis par le par. 15(1).

Dans l’arrêt *Law*, notre Cour a expressément retenu, sous la plume du juge Iacobucci, le test établi dans l’arrêt *Andrews* (par. 22 et 26), mais elle a aussi synthétisé la jurisprudence subséquente dans une série de propositions destinées à structurer l’analyse fondée sur le par. 15(1). Elle a notamment dégagé quatre facteurs contextuels qui servent d’indicateurs de l’existence d’une distinction constituant de la discrimination, « bien que », comme l’a souligné le juge Iacobucci, « il en existe évidemment d’autres, et que les quatre facteurs ne soient pas nécessairement tous pertinents dans chaque cas » (par. 62). Ces facteurs contextuels ont pour objet de mettre l’accent sur le résultat de la mesure législative contestée — à quel point « les conséquences [...] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées » (voir *Gosselin*, précité, par. 63, citant *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 63).

Selon la Juge en chef, trois de ces quatre facteurs contextuels semblent révéler l’existence d’une discrimination en l’espèce, notamment (i) la préexistence d’un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par les enfants, (ii) la nature et l’étendue du droit des enfants qui est touché, à savoir leur droit à l’intégrité physique, et (iii) le fait que l’art. 43 n’a aucun objet ni effet d’amélioration eu égard à un groupe plus défavorisé. Selon ma collègue, l’importance du quatrième « facteur contextuel », c.-à-d., la correspondance alléguée entre, d’une part, les besoins et la situation véritables des enfants et, d’autre part, la protection réduite dont ils bénéficient en vertu de l’art. 43, l’emporte sur ces indicateurs de discrimination. À son avis, l’objectif visé par l’égalité réelle (par opposition à l’égalité formelle) justifie le traitement différent accordé aux enfants.

Je conviens avec ma collègue que les trois premiers « facteurs contextuels » mènent à une conclusion de discrimination. Je souscris aussi à l’opinion du juge Iacobucci dans l’arrêt *Law* selon lequel ces

“contextual factor” will point in the same direction, and judgment is required to weigh up the importance of different elements of the context in a particular case.

The factor of “correspondence” presents special difficulty because of its potential overlap with s. 1. It was described by Iacobucci J. in *Law*, at para. 70, as follows:

... 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. [Emphasis added.]

To some extent, the “correspondence” factor was also anticipated in *Andrews* by McIntyre J. when he said, at p. 169:

[T]he accommodation of differences . . . is the essence of true equality. . . .

The “correspondence” factor was also considered in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, where a disabled child was placed, against her parents' wishes, in a special education class. The Court declined to find that special classes for persons with special disabilities amounted to discrimination. There was a reasonable match between the differential treatment (special classes) and the ground of alleged discrimination (disability), even though special classes undermined achievement of the objective of inclusion. This was outweighed in the circumstances by the fact the special classes were in purpose and effect ameliorative of the young girl's condition.

The “correspondence” between grounds and the claimant group's characteristics or circumstances was also a factor supporting the Court's decision in *Gosselin, supra*, that use of a training component in a welfare scheme for recipients under 30 was not discriminatory. The majority held that, “[p]erfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant

facteurs ne sont pas tous pertinents dans chaque cas. Les « facteurs contextuels » n'iront pas tous dans le même sens, et la pondération des différents éléments du contexte particulier de chaque affaire implique un certain jugement.

Le facteur de la « correspondance » pose un problème particulier parce qu'il peut empiéter sur l'article premier. Ce facteur a été décrit ainsi par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, par. 70 :

... 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. [Je souligne.]

Dans une certaine mesure, le juge McIntyre a aussi anticipé le facteur de la « correspondance » dans l'arrêt *Andrews* lorsqu'il a dit, à la p. 169 :

[L]e respect des différences [...] est l'essence d'une véritable égalité. . . .

Le facteur de la « correspondance » a aussi été pris en compte dans des affaires comme *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, dans laquelle une enfant handicapée avait été placée dans une classe pour élèves en difficulté contre la volonté de ses parents. La Cour a refusé de conclure que la création de classes spéciales destinées aux personnes ayant une déficience particulière constituait de la discrimination. Il existait un rapport raisonnable entre la différence de traitement (les classes spéciales) et le motif de discrimination allégué (la déficience), même si les classes spéciales compromettaient la réalisation de l'objectif d'inclusion. Dans les circonstances, cette considération ne pouvait l'emporter sur le fait que les classes spéciales avaient un objet et un effet d'amélioration à l'égard de la situation de la jeune fille.

Le facteur de la « correspondance » entre les motifs et les caractéristiques ou la situation du groupe demandeur a aussi étayé la décision de la Cour dans *Gosselin*, précité, selon laquelle le recours à un programme de formation dans un régime d'aide sociale destiné à des bénéficiaires de moins de 30 ans n'était pas discriminatoire. Les juges majoritaires ont conclu qu'une disposition peut être conforme

group is not required” to comply with the *Charter* (para. 55). The “polycentric” balancing inherent in formulation of social benefit schemes appears to have played some role in *Gosselin* as it did in the earlier case of *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28. More recently, in *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 CSC 54, the Court struck down the separate legislative treatment of injured workers suffering from chronic pain who were denied the regular benefits provided to other disabled workers, but instead were provided a four-week Functional Restoration Program, beyond which no further benefits were available. Gonthier J., writing for the Court, held at para. 91 that “in my view, the gravamen of the appellants’ s. 15 claim is the lack of correspondence between the differential treatment imposed by the [Workers’ Compensation Act] and the true needs and circumstances of chronic pain sufferers” (referring to *Law, supra*, at paras. 64-65).

à la *Charte* « même en l’absence de correspondance parfaite entre un régime de prestations et les besoins ou la situation du groupe demandeur » (par. 55). La pondération « polycentrique », inhérente à la formulation des régimes d’aide sociale, semble avoir joué un certain rôle dans l’affaire *Gosselin* comme dans l’affaire antérieure *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28. Plus récemment, dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, la Cour a invalidé le traitement législatif distinct réservé aux accidentés du travail souffrant de douleur chronique à qui on refusait les prestations habituellement versées aux autres accidentés du travail pour leur offrir plutôt un programme de rétablissement fonctionnel d’une durée de quatre semaines, à la suite duquel ils n’avaient droit à aucun autre avantage. Le juge Gonthier, s’exprimant au nom de la Cour, a conclu, au par. 91 : « J’estime que cela s’explique par le fait que la demande que les appellants ont présentée en vertu de l’art. 15 repose essentiellement sur l’absence de correspondance entre la différence de traitement prescrite par la [Workers’ Compensation Act] et les besoins et la situation véritables des personnes souffrant de douleur chronique » (renvoyant à *Law, précité*, par. 64-65).

96 In these cases, it seems to me, the “correspondence” factor was appropriately used to determine if the legislative distinction reflected equal consideration of people even though, at the end of the day, equal consideration resulted in unequal treatment.

Dans ces arrêts, il me semble que l’on a eu recours à bon droit au facteur de la « correspondance » pour décider si la distinction législative contestée indiquait que les personnes visées avaient bénéficié d’une considération égale, même si, en définitive, cette considération égale avait débouché sur un traitement inégal.

4. Resurgence of the “Relevance” Factor

97 Care must be taken, however, to ensure that the “correspondence” factor is kept to its original purpose as a marker for discrimination and not allowed to become a sort of Trojan horse to bring into s. 15(1) matters that are more properly regarded as “reasonable limits . . . demonstrably justified in a free and democratic society” (s. 1).

Il faut cependant bien s’assurer que le facteur de la « correspondance » conserve son objectif initial d’indicateur de discrimination et ne se transforme pas en une sorte de cheval de Troie qui introduirait, dans l’application du par. 15(1), des questions qu’il convient plutôt de considérer sous l’angle des « limites [...] raisonnables [...] dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique » (art. 1).

In particular, there is a danger that the “correspondence” factor will revive the “relevance” debate of the 1990s in which it was contended by some members of the Court that a s. 15(1) rights claimant could be defeated if it were shown that the ground of complaint was “relevant” to achievement of a legitimate legislative objective. This position was advanced by Gonthier J., dissenting, in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, where he suggested, at para. 15:

This third step thus comprises two aspects: determining the personal characteristic shared by a group and then assessing its relevancy having regard to the functional values underlying the legislation. [Emphasis added.]

The issue in that case was whether common law spouses should be treated the same as married spouses for insurance purposes. In effect, as the onus of proof of an infringement of s. 15(1) lies on the claimants, they were put in the position of having to show that marriage was irrelevant to achievement of the legislative objective. In Gonthier J.’s view, that objective was to promote the benefits of marriage, and achievement of this objective was “relevant” to its denial of the rights of unmarried couples, and s. 15(1) was not therefore infringed. McLachlin J. (as she then was) in her majority reasons, gave the “relevance” point short shrift (at para. 137):

Relevance as the ultimate indicator of non-discrimination suffers from the disadvantage that it may validate distinctions which violate the purpose of s. 15(1). A second problem is that it may lead to enquiries better pursued under s. 1.

In my view, the same answer should be given to the argument here that, because children have certain vulnerabilities that “correspond” to (or are relevant to) s. 43’s denial of ordinary *Criminal Code* protection, then no discrimination is made out.

En particulier, le facteur de la « correspondance » risque de raviver le débat sur la « pertinence » soulevé dans les années 1990, dans le cadre duquel certains membres de la Cour ont soutenu qu’un demandeur invoquant les droits garantis par le par. 15(1) pouvait être débouté s’il était démontré que le motif de la plainte était « pertinent » pour la réalisation d’un objectif législatif légitime. Cette position a été défendue par le juge Gonthier, dissident, dans l’arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, dans lequel il a indiqué, au par. 15 :

La troisième étape comporte deux aspects : la détermination de la caractéristique personnelle propre à un groupe et l’examen de sa pertinence par rapport aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. [Je souligne.]

Dans cet arrêt, il s’agissait de savoir si des conjoints de fait devaient être traités comme des conjoints mariés pour les besoins d’une assurance. De fait, comme il leur incombaît de prouver l’atteinte aux droits garantis par le par. 15(1), les demandeurs se trouvaient ainsi tenus de démontrer que le mariage n’était pas pertinent pour la réalisation de l’objectif législatif. Selon le juge Gonthier, cet objectif consistait à promouvoir les avantages du mariage, et sa réalisation était « pertinente » pour refuser aux couples non mariés les droits conférés par la loi; par conséquent, il n’y avait pas atteinte aux droits garantis par le par. 15(1). Dans les motifs qu’elle a rédigés au nom de la majorité, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a réglé rapidement la question de la « pertinence », au par. 137 :

Considérer que la pertinence est l’indice ultime de l’absence de discrimination est problématique en ce que cela peut permettre de valider des distinctions qui iraient à l’encontre du but poursuivi par le par. 15(1). Un deuxième problème est que cela peut donner lieu à des examens qui devraient plutôt être effectués en fonction de l’article premier.

À mon avis, il convient de répondre de la même façon à l’argument soulevé en l’espèce, selon lequel aucune discrimination n’est établie parce que les enfants présentent une certaine vulnérabilité et qu’il existe une « correspondance » (ou un rapport de pertinence) entre cette vulnérabilité et le retrait, par l’art. 43, de la protection ordinaire du *Code criminel*.

100 While the child needs the family, the protection of s. 43 is given not to the child but to the parent or teacher who is using “reasonable” force for “correction”. Section 43 protects parents and teachers, not children. A child “needs” no less protection under the *Criminal Code* than an adult does. That is why, in my view, the social justification for the immunity of parents and teachers should be dealt with under s. 1.

101 The majority view denies equality relief to persons under 18 years old in this case because of the role and importance of family life in our society. However, to proceed in this way, it seems to me, just incorporates the “legitimate objective” element from the s. 1 *Oakes* test into s. 15, while incidentally switching the onus to the rights claimant to show the legislative objective is not legitimate, and relieving the government of the onus of demonstrating proportionality, including minimal impairment (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). One of the stated objectives of *Andrews* was to keep s. 15(1) and s. 1 analytically distinct. Use of the “correspondence” factor in the wrong circumstances risks breaching that divide.

102 I do not accept that the use of force against a child (that in the absence of s. 43 would result in a criminal conviction) can be said to “correspond” to a child’s “needs, capacities and circumstances” from the vantage point identified by the Chief Justice, namely, that of a “reasonable person acting on behalf of a child, who seriously considers and values the child’s views and developmental needs” (para. 53 (emphasis added)). I have difficulty with the proposition that a child “needs” correction through conduct that, but for s. 43, amounts to a criminal assault that exceeds the *de minimis* threshold. (If the use of force falls below

Bien que l’enfant ait besoin de sa famille, ce n’est pas à lui que l’art. 43 accorde sa protection, mais au père, à la mère ou à l’instituteur qui emploie une force « raisonnable » pour le « corriger ». L’article 43 protège les pères, mères et instituteurs, et non les enfants. Un enfant a « besoin » que le *Code criminel* le protège autant qu’un adulte. C’est la raison pour laquelle j’estime que la justification sociale de l’immunité accordée aux pères, mères et instituteurs devrait être abordée sous le régime de l’article premier.

Les juges de la majorité refusent d’accorder en l’espèce une réparation fondée sur le droit à l’égalité aux personnes de moins de 18 ans en raison du rôle et de l’importance de la vie familiale dans notre société. Cependant, il me semble qu’en procédant de cette manière, on ne fait qu’incorporer à l’art. 15 l’élément de l’« objectif légitime » tiré du critère d’application de l’article premier établi dans *Oakes*, tout en transférant de façon incidente à la personne qui fait valoir ses droits le fardeau de démontrer que l’objectif législatif n’est pas légitime, et en relevant le gouvernement de la charge d’établir la proportionnalité, y compris l’atteinte minimale (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). L’un des objectifs déclarés de l’arrêt *Andrews* était de maintenir le par. 15(1) et l’article premier analytiquement distincts. Le recours au facteur de la « correspondance » mal à propos risque de compromettre cette distinction.

On ne saurait, selon moi, prétendre que le recours à la force contre un enfant — qui, en l’absence de l’art. 43, aboutirait à une condamnation pénale — « correspond » aux « besoins, capacités et situation » de l’enfant lorsqu’on adopte, comme le propose la Juge en chef, le point de vue privilégié d’une « personne raisonnable agissant pour le compte d’un enfant, qui examine et évalue sérieusement le point de vue de l’enfant et les besoins qui doivent être comblés pour assurer son sain développement » (par. 53 (je souligne)). J’ai du mal à admettre que l’enfant a « besoin » d’une correction impliquant une conduite qui, sans l’art. 43, équivaudrait

the *de minimis* standard, then, as Arbour J. points out, there is an alternative defence available to the accused and no need to resort to s. 43.)

As to tailoring the distinction to fit a child's "capacities and circumstances", the words "pupil or child" embrace the whole range of human development from birth to 18 years of age. It is difficult to generalize about the "capacities and circumstances" of such a disparate group of people. A 2-year-old and a 12-year-old (let alone a 17-year-old) do not share the same needs, have enormously different capacities and deal with the world in very different circumstances. The fact the Chief Justice finds it necessary to undertake an interpretive exercise that reads into s. 43 multiple sub-classifications of children (according to age) and assaultive behaviour (according to type) shows that a "one size fits all" approach to the "needs, capacities and circumstances" of children does not fit reality. Such an extensive "reading in" exercise, if appropriate, should take place only after an infringement of s. 15(1) is acknowledged, and the Court turns to the issue of the s. 1 justification and the appropriate remedy.

In short, I disagree with the view of the majority that s. 43 is "firmly grounded in the actual needs and circumstances of children" (para. 68). I believe the error in this approach is evident, with respect, from the following excerpts from the judgment of the Chief Justice, at paras. 58-60:

Children . . . depend on parents and teachers for guidance and discipline, to protect them from harm and to promote their healthy development within society. A stable and secure family and school setting is essential to this growth process.

. . . Introducing the criminal law into children's families and educational environments in such circumstances would harm children more than help them. . . .

à des voies de fait criminelles trop graves pour donner ouverture au moyen de défense *de minimis*. (Si le recours à la force est assez faible pour que s'applique le principe *de minimis*, alors, comme l'a signalé la juge Arbour, l'accusé dispose d'un autre moyen de défense et n'a pas besoin de recourir à l'art. 43.)

Pour ce qui est d'adapter la distinction « aux capacités et à la situation » de l'enfant, les mots « élève ou enfant » englobent toutes les étapes du développement humain, de la naissance à l'âge de 18 ans. Il est difficile de faire une généralisation à propos « des capacités et de la situation » d'un groupe de personnes aussi disparate. Un enfant de 2 ans et un autre de 12 ans (sans parler d'un jeune de 17 ans) n'ont pas les mêmes besoins, ont des capacités fort distinctes et vivent des situations très différentes. Le fait que la Juge en chef estime nécessaire de se livrer à un exercice d'interprétation qui introduit dans l'art. 43 de multiples sous-catégories d'enfants (en fonction de l'âge) et de comportements violents (en fonction du type) démontre que l'approche universelle à l'égard des « besoins, capacités et situation » des enfants n'est pas réaliste. Un exercice d'interprétation large qui va aussi loin ne peut être effectué, le cas échéant, qu'une fois établie l'existence d'une atteinte aux droits garantis par le par. 15(1), lorsque la Cour détermine si cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier et quelle est la réparation convenable eu égard aux circonstances.

Bref, je ne souscris pas à l'opinion de la majorité selon laquelle l'art. 43 « repose fermement sur les besoins et la situation véritables des enfants » (par. 68). En toute déférence, j'estime que la raison pour laquelle cette approche est erronée ressort clairement des extraits suivants des motifs exprimés par la Juge en chef, aux par. 58-60 :

Les enfants [...] comptent également sur leurs parents et instituteurs pour les guider et les discipliner, pour empêcher qu'on leur fasse du mal et pour favoriser leur sain développement dans la société. Un milieu familial et scolaire stable et sûr est essentiel à cet égard.

. . . L'intervention du droit criminel dans le milieu familial et scolaire des enfants, dans ces circonstances, leur causerait plus de tort que de bien. . . .

... The criminal law ... is a blunt instrument whose power can also be destructive of family and educational relationships....

- 105 Accelerating these societal considerations into the s. 15(1) analysis, instead of requiring the government to establish such matters as "reasonable limits" under s. 1, inappropriately denies children the protection of their right to equal treatment.

5. The Violation of Human Dignity

- 106 The Court has repeatedly stated 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.

(*Law, supra*, at para. 51, and *Gosselin, supra*, at para. 20)

The concept of "human dignity" is somewhat elusive, but nevertheless expresses an essential part of the purpose of s. 15(1). It seeks to avoid the mechanical application of the s. 15 analysis to distinctions that do not, appropriately viewed, raise a compelling human rights dimension. This is illustrated, as mentioned earlier, by the Canada Pension Plan cases. The state is required to value each of its citizens equally, but equal *consideration* of the personal characteristics and strengths of each individual may, in the circumstances of government benefit programs, dictate differential *treatment*. This is hardly the case here. Few things are more demeaning and disrespectful of fundamental values than to withdraw the full protection of the *Criminal Code* against deliberate, forcible, unwanted violation of an individual's physical integrity.

... Le droit criminel est [...] un instrument radical dont la puissance peut aussi détruire les rapports au sein de la famille et à l'école....

Intégrer ces considérations sociales à l'étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), au lieu d'obliger le gouvernement à faire la justification requise par l'article premier, notamment en ce qui concerne les « limites raisonnables », prive indûment les enfants de leur droit à l'égalité de traitement.

5. L'atteinte à la dignité humaine

La Cour a maintes fois déclaré 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 ou 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.

(*Law*, précité, par. 51, et *Gosselin*, précité, par. 20)

Le concept de la « dignité humaine » est plutôt flou, mais il exprime néanmoins un élément essentiel de l'objet du par. 15(1). On cherche par ce concept à éviter l'application mécanique de l'analyse fondée sur l'art. 15 à des distinctions qui, envisagées correctement, ne soulèvent pas de question impérieuse touchant les droits de la personne. Cela ressort, ainsi que je l'ai mentionné précédemment, de la jurisprudence sur le Régime de pensions du Canada. L'État est tenu d'accorder la même importance à chacun de ses citoyens, mais une *considération* égale des forces et des caractéristiques personnelles de chacun peut, dans le contexte des programmes de prestations gouvernementales, commander un *traitement* différent. Ce n'est guère le cas en l'espèce. Peu de choses portent davantage atteinte à la dignité et bafouent davantage les valeurs fondamentales que de priver une personne de la protection complète que lui accorde le *Code criminel* contre toute atteinte délibérée, impliquant l'emploi de la force et non désirée à son intégrité physique.

I agree entirely with the conclusion of the author of a report entitled "Corporal Punishment as a Means of Correcting Children" (November 1998) by the Quebec Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (at p. 8):

Corporal punishment violates the child's dignity, partly due to the humiliation he or she is likely to feel, but mainly due to the lack of respect inherent in the act.

Reference should also be made to the analysis of Peter Newell, a witness for the appellants and the author of *Children Are People Too: The Case Against Physical Punishment* (1989), who wrote, at pp. 2 and 4:

Childhood, too, is an institution. Society, even in those areas like education which are supposedly for the benefit of children, remains unsympathetic to them. All too often children are treated as objects, with no provision made for hearing their views or recognising them as fellow human beings. Children — seen but not heard — face the double jeopardy of discrimination on grounds of age, and discrimination on all the other grounds as well. Giving legal sanction to hitting children confirms and reflects their low status.

The basic argument is that children are people, and hitting people is wrong.

Everyone in society is entitled to respect for their person, and to protection against physical force. To deny this protection to children at the hands of their parents, parent-substitutes and teachers is not only disrespectful of a child's dignity but turns the child, for the purpose of the *Criminal Code*, into a "second-class citizen" (*Ogg-Moss*, at p. 187). As Iacobucci J. noted in *Law*, at para. 53:

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.

Je souscris entièrement à la conclusion de l'auteur du rapport intitulé « Le châtiment corporel comme moyen de corriger les enfants » (novembre 1998), de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (p. 8) :

Les châtiments corporels que subit l'enfant corrigé portent atteinte à sa dignité en raison de l'humiliation qu'il peut ressentir, mais surtout à cause du manque de respect que traduit l'acte.

Il convient aussi de mentionner l'analyse effectuée par Peter Newell, témoin des apppellantes et auteur de *Children Are People Too : The Case Against Physical Punishment* (1989), qui a écrit, aux p. 2 et 4 :

[TRADUCTION] L'enfance aussi est une institution. La société demeure peu compatissante envers les enfants, même dans les secteurs comme l'éducation qui sont censés servir leurs intérêts. Trop souvent, les enfants sont traités comme des objets, aucune disposition n'étant prise pour qu'ils puissent se faire entendre ou être reconnus comme êtres humains au même titre que leurs congénères. Les enfants — que l'on voit, mais que l'on n'entend pas — sont doublement menacés par la discrimination fondée sur l'âge et par la discrimination fondée sur tous les autres motifs. L'approbation par la loi des coups portés aux enfants confirme et met en évidence leur statut inférieur.

L'argument fondamental repose sur le principe que les enfants sont des personnes et qu'il est mal de frapper des personnes.

Tous les membres de la société ont droit au respect de leur personne et à la protection contre l'emploi de la force physique. Refuser aux enfants cette protection contre leurs pères et mères, les personnes qui les remplacent et les instituteurs non seulement porte atteinte à la dignité de l'enfant, mais en fait un « citoyen de deuxième classe » pour l'application du *Code criminel* (*Ogg-Moss*, p. 187). Comme l'a signalé le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, par. 53 :

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.

107

108

109

110 It should not be suggested that because, as Peter Newell notes, a child may not enjoy much dignity anyway in the home or classroom, he or she can be whacked with impunity "by way of correction".

111 I therefore agree with my colleague, Deschamps J., that s. 43 discriminates against children and infringes their equality rights. The onus falls on the government to justify it.

6. The Section 1 Justification

112 Parents and teachers play very different roles in a child's life and there is no reason why they should be treated on the same legal plane for the purposes of the criminal assault provisions of the *Criminal Code*.

(a) *In Relation to Parents or Persons Standing in the Place of Parents*

113 While s. 43 infringes a child's s. 15 equality rights by making a distinction that discriminates on the basis of age, it is nonetheless evident that the effect of giving the *Criminal Code* a larger role in the home would be profound. The heavy machinery of the criminal courts is not designed to deal with domestic disputes of the type envisaged in s. 43. The definition of assault in s. 265 is extremely broad. Parliament could reasonably conclude that the intervention of the police or criminal courts in a child's home in respect of "reasonable" correction would inhibit rather than encourage the resolution of problems within families. Such an outcome could be judged unacceptable, not because the child's equality rights are without importance, but because the intervention of the criminal law in the home in the limited circumstances set out in s. 43 comes at too high a cost.

114 It is scarcely necessary to cite authority for the importance of the family in Canadian law. In *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*,

Comme le signale Peter Newell, on ne saurait prétendre qu'à cause du peu de dignité dont l'enfant jouit de toute façon à la maison ou à l'école, on peut le frapper en toute impunité « pour le corriger ».

Je souscris donc à l'opinion de ma collègue, la juge Deschamps, voulant que l'art. 43 soit discriminatoire à l'égard des enfants et restreigne leurs droits à l'égalité. Il revient donc au gouvernement de justifier cette discrimination.

6. La justification requise par l'article premier

Les pères et mères et les instituteurs jouent des rôles très différents dans la vie d'un enfant, et rien ne justifie qu'ils reçoivent un traitement juridique identique pour l'application des dispositions relatives aux voies de fait édictées dans le *Code criminel*.

a) *L'application de l'article premier en ce qui concerne les pères et mères, ainsi que les personnes qui les remplacent*

Bien que l'art. 43 porte atteinte aux droits à l'égalité que l'art. 15 garantit aux enfants en établissant une distinction discriminatoire fondée sur l'âge, il est évident que le fait d'attribuer au *Code criminel* un rôle plus important à la maison aurait des répercussions profondes. La procédure pénale est une lourde machine qui n'est pas conçue pour régler les disputes familiales du type de celles envisagées par l'art. 43. La définition des « voies de fait » énoncée à l'art. 265 a une portée extrêmement étendue. Le législateur pouvait raisonnablement conclure que, dans le cas d'une correction « raisonnable », l'intervention de la police ou des cours criminelles dans le foyer de l'enfant aurait pour effet de gêner, et non de favoriser, le règlement des problèmes familiaux. Pareil résultat pourrait être jugé inacceptable, non parce que les droits à l'égalité de l'enfant sont sans importance, mais parce que l'intervention du droit criminel à la maison dans les circonstances limitées énoncées à l'art. 43 a des conséquences trop lourdes.

Il n'est guère nécessaire de citer des sources à l'appui de l'importance attribuée à la famille en droit canadien. Dans l'arrêt *Office des services à l'enfant*

[2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, at para. 72, L'Heureux-Dubé J. noted that parents must be accorded a relatively large measure of freedom from state interference to raise their children as they see fit. In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 76, Lamer C.J. pointed out that parents are presumed to act in their child's best interests: "Since the best interests of the child are presumed to lie with the parent, the child's psychological integrity and well-being may be seriously affected by the interference with the parent-child relationship."

These affirmations of the importance of family relationships need to be considered in light of the sweeping definition of assault in s. 265 of the *Criminal Code* which makes it an offence for a person, without the consent of another person, to apply "force intentionally to that other person, directly or indirectly", or even to *threaten* to do so if he or she has a "present ability to effect his purpose". The s. 1 justification for the "spanking defence" is very much a function of the immense breadth of the definition of criminal assault. One need only pause to reflect on the type of threats routinely issued by Canadian parents to their children in the heat of family altercations. Adolescent or pre-adolescent behaviour occasionally results in physical touching by the parent, unwanted by the child, or the threat thereof, and where reasonable and for the purpose of correction, this type of "assault" could justifiably be seen by Parliament as outside the appropriate sphere of criminal prosecution.

Section 265 is very broad on its face and it has been interpreted broadly, because, as pointed out in Blackstone, *supra*, at p. 120, it has always been considered unworkable to draw a principled distinction between "degrees of violence". Professor Ashworth adds:

Is it right that the criminal law should extend to mere touchings, however trivial? The traditional justification is

et à la famille de Winnipeg c. K.L.W., [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 72, la juge L'Heureux-Dubé a noté que, pour élever leurs enfants comme ils l'entendent, les pères et mères doivent jouir d'une large mesure de liberté sans interférence de l'État. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 76, le juge en chef Lamer a signalé que les pères et mères sont présumés agir dans l'intérêt supérieur de leurs enfants : « Comme l'intérêt supérieur de l'enfant est censé reposer sur les parents, l'intégrité psychologique et le bien-être de l'enfant peuvent être gravement compromis par une ingérence dans le lien parent-enfant. »

Il convient d'examiner ces confirmations de l'importance des liens familiaux au regard de la définition très englobante de l'expression « voies de fait » énoncée à l'art. 265 du *Code criminel*, selon lequel commet une infraction quiconque « d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne » sans son consentement, ou même *menace* de le faire, s'il porte cette personne à croire qu'il « est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein ». La justification du « moyen de défense de la fessée » sous le régime de l'article premier est très étroitement liée à la portée considérable de la définition de l'infraction criminelle de voies de fait. Il suffit de songer au type de menaces couramment proférées par les parents canadiens à l'endroit de leurs enfants dans le feu des disputes familiales. Le comportement d'un adolescent ou d'un pré-adolescent amène occasionnellement le père ou la mère à toucher à l'enfant sans son consentement, ou à menacer de le faire et, lorsque ce contact est raisonnable et qu'il vise à corriger l'enfant, le législateur pourrait à juste titre considérer que ce type de « voies de fait » se situe à l'extérieur de la sphère appropriée des poursuites pénales.

À première vue, l'art. 265 est très général et il a été interprété de manière libérale, parce que, ainsi que le souligne Blackstone, *op. cit.*, p. 195, on a toujours estimé qu'il était irréalisable d'établir une distinction rationnelle entre les « degrés de violence ». Le professeur Ashworth ajoute :

[TRADUCTION] Est-il normal d'élargir la portée du droit criminel au simple contact, si anodin soit-il? La

that there is no other sensible dividing line, and that this at least declares the law's regard for the physical integrity of citizens.

(A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4th ed. 2003), at p. 319)

117 This near-zero tolerance (i.e., subject to the *de minimis* principle) for physical intervention continues to be the law, although in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, Gonthier J. suggested that, in the family context, the law of assault should have a more nuanced application. Otherwise, he said, at pp. 743-44:

... a father would assault his daughter if he attempted to place a scarf around her neck to protect her from the cold but she did not consent to that touching, thinking the scarf ugly or undesirable. . . . That absurd consequence could not have been intended by Parliament.

118 We are not asked in this case to establish the threshold for a criminal "assault" in the family context, or whether the unwanted touching in Gonthier J.'s example could be said to be "by way of correction". Section 43 presupposes the existence of conduct that does amount to a criminal assault. Section 265 would clearly be triggered by much of the non-violent physical contact that is not out of place growing up in a robust family environment. The appellant points to some other jurisdictions like Sweden, which do without a parental defence provision equivalent to s. 43; but Sweden, at least, has a very different criminal law regime applicable to physical assaults.

119 Section 1 requires a government to show that the objective of the legislation is pressing and substantial. Government must also establish that the means chosen to attain the end are reasonable; this requires showing that: (i) the rights violation is rationally connected to the aim of the legislation, (ii) the impugned provision minimally impairs the *Charter* guarantee, and (iii) there is proportionality between

justification traditionnelle veut qu'il n'existe aucune autre ligne de démarcation logique et qu'à tout le moins, ce fait révèle l'intérêt que le droit porte à l'intégrité physique des citoyens.

(A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4^e éd. 2003), p. 319)

Cette tolérance presque nulle (c.-à-d. subordonnée au principe *de minimis*) à l'égard des interventions physiques continue de s'appliquer, même si, dans l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, le juge Gonthier a proposé que le droit relatif aux voies de fait s'applique de manière plus nuancée dans le contexte familial. Autrement, dit-il, aux p. 743-744 :

... [un] père [...] se livrerait à des voies de fait sur la personne de sa fille s'il tentait de placer une écharpe autour de son cou pour la protéger du froid, mais que celle-ci ne consentait pas à ce contact, parce qu'elle trouvait que l'écharpe était laide et ne voulait pas la porter. [...] Le législateur n'a certainement pas voulu cette conséquence absurde.

Nous n'avons pas en l'espèce à établir le seuil à franchir pour que soit commise une infraction criminelle de « voies de fait » dans le contexte familial, ni à décider s'il est possible de conclure que, dans l'exemple du juge Gonthier, le père touche à sa fille « pour [la] corriger ». L'article 43 presuppose l'existence d'une conduite qui constitue une infraction criminelle de voies de fait. De toute évidence, l'application de l'art. 265 serait déclenchée par la plupart des contacts physiques non violents acceptables dans un milieu familial rude. L'appelante cite en exemple certains autres pays, dont la Suède, où il n'existe pas de disposition qui offre aux pères et mères un moyen de défense équivalant à celui prévu à l'art. 43, mais la Suède, du moins, possède un régime de droit pénal très différent en ce qui concerne les voies de fait.

L'article premier oblige le gouvernement à démontrer que l'objectif de la loi se rapporte à des considérations urgentes et réelles. Le gouvernement doit aussi établir que le moyen choisi pour atteindre l'objectif législatif est raisonnable en démontrant que : (i) la restriction des droits a un lien rationnel avec l'objectif législatif; (ii) la disposition contestée porte le moins possible atteinte au droit garanti

the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right (*Egan, supra*, at para. 182; *Oakes, supra*). In addition, the deleterious effects of the measure must not outweigh its benefits: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 878.

I agree with Goudge J.A. ((2002), 57 O.R. (3d) 511, at para. 59) that the objective of the legislation is pressing and substantial insofar as it permits parents or persons standing in the place of parents

to apply strictly limited corrective force to children without criminal sanctions so that they can carry out their important responsibilities to train and nurture children without the harm that such sanctions would bring to them, to their tasks and to the families concerned.

However, I do not agree with Goudge J.A. that this justification extends to teachers as well.

Providing a defence to a criminal prosecution in the circumstances stated in s. 43 is rationally connected to the objective of limiting the intrusion of the *Criminal Code* into family life.

As to minimal impairment, the wording of s. 43 not only permits calibration of the immunity to different circumstances and children of different ages, but it allows for adjustment over time. In this respect, the Crown's expert, Nicholas Bala, stated:

In the past, the use of belts, straps, rulers, sticks and other similar objects to deliver a punishment was commonly accepted, both by society and the courts, as reasonable in the chastisement of children. Today, most courts hold that, in most circumstances, the use of these objects is excessive. As well, previously, courts have considered punishment causing temporary pain lasting a few days, but without permanent injury, to be reasonable. Today's courts scrutinize the level of pain, bruises, red marks and other signs of temporary harm carefully. In most cases, when they find that a child has suffered some

par la *Charte*; enfin (iii) il y a proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif, de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif (*Egan*, précité, par. 182; *Oakes*, précité). En outre, les effets bénéfiques de la mesure doivent l'emporter sur ses effets préjudiciables : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 878.

Je conviens avec le juge Goudge de la Cour d'appel ((2002), 57 O.R. (3d) 511, par. 59) que l'objectif de la loi est urgent et réel dans la mesure où elle autorise les pères et mères et les personnes qui les remplacent

[TRADUCTION] à employer pour corriger leurs enfants une force strictement limitée sans encourir de sanctions pénales, de sorte qu'ils peuvent s'acquitter de leur importante responsabilité d'élever et d'éduquer leurs enfants sans les conséquences négatives que ces sanctions pourraient avoir sur eux, sur leurs tâches et sur les familles concernées.

Je crois toutefois, contrairement au juge Goudge, que cette justification ne vaut pas en ce qui concerne les instituteurs.

L'introduction d'un moyen de défense contre une poursuite pénale dans les circonstances mentionnées à l'art. 43 a un lien rationnel avec l'objectif poursuivi qui est de limiter l'ingérence du *Code criminel* dans la vie familiale.

Quant à l'atteinte minimale, le libellé de l'art. 43 permet non seulement de doser l'immunité en fonction des différentes circonstances et de l'âge des enfants, mais aussi d'apporter des rajustements au fil du temps. À cet égard, l'expert du ministère public, Nicholas Bala, a déclaré :

[TRADUCTION] Par le passé, la société et les tribunaux estimaient que l'utilisation de ceintures, de courroies, de règles, de bâtons et d'autres objets semblables pour infliger une punition aux enfants était raisonnable. De nos jours, la majorité des tribunaux concluent que, dans la plupart des circonstances, le recours à ces objets est excessif. De même, les tribunaux ont déjà jugé raisonnables les punitions causant des douleurs pendant quelques jours, mais ne laissant aucune séquelle permanente. Aujourd'hui, les tribunaux examinent attentivement l'intensité de la douleur, l'importance des contusions, des

120

121

122

injury, the teacher, parent or person taking the place of a parent is convicted of assault.

In the past, as Arbour J. demonstrates in her reasons, the elasticity of s. 43 has led to acquittals in some quite shocking circumstances. However, in my view, it is the function of the appellate courts to rein in overly elastic interpretations that undermine the limited purpose of s. 43, which is what the interpretive guidance offered by the Chief Justice is designed to do, provided the courts stop short of judicial amendment.

123 Once the legislative objective is found to be pressing and substantial, I think the proportionality requirements are met by Parliament's limitation of the s. 43 defence to circumstances where: (i) the force is for corrective purposes, and (ii) the measure of force is shown to be reasonable under the circumstances. What is reasonable in relation to achievement of the legitimate legislative objective will not, by definition, be disproportionate to such achievement. Moreover, the salutary effects of s. 43 exceed its potential deleterious effects when one considers that the assault provisions of the *Criminal Code* are just a part, and perhaps a less important part, of the overall protections afforded to children by child welfare legislation. I note, for example, the testimony of Allan Simpson, a Sergeant with the Toronto Police Service, that:

Whether in any particular circumstance a charge is laid *or not*, the Children's Aid Society is normally contacted, when they have not been the first to investigate the circumstances. The primary consideration is always the safety and well-being of the child. [Emphasis in original.]

124 To deny children the ability to have their parents, or persons standing in their parents' place, to be successfully prosecuted for reasonable corrective force under the *Criminal Code* does not leave them without effective recourse. It just helps to keep the

rougeurs et des autres indices de blessures temporaires. Dans la majorité des cas où ils jugent qu'un enfant a subi une blessure quelconque, ils déclarent coupable de voies de fait l'instituteur, le père ou la mère, ou la personne qui remplace le père ou la mère.

Par le passé, comme le démontre la juge Arbour dans ses motifs, l'élasticité de l'art. 43 a donné lieu à des acquittements dans des circonstances assez choquantes. J'estime toutefois qu'il revient aux tribunaux d'appel de réfréner les interprétations exagérément élastiques qui compromettent l'objet limité de l'art. 43, ce à quoi est destinée la directive d'interprétation formulée par la Juge en chef, à condition que les tribunaux n'aillent pas jusqu'à modifier la loi par voie judiciaire.

Après avoir statué que l'objectif législatif est urgent et réel, j'estime que le législateur a satisfait aux exigences de la proportionnalité en limitant l'application du moyen de défense fondé sur l'art. 43 aux cas où : (i) la force vise à corriger, et (ii) la force employée ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances. Ce qui est raisonnable en regard de la réalisation de l'objectif législatif légitime ne sera pas, par définition, disproportionné par rapport à cette réalisation. En outre, les effets bénéfiques de l'art. 43 l'emportent sur ses effets préjudiciables éventuels lorsque l'on considère que les dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait ne représentent qu'une fraction, et peut-être la fraction la moins importante, de l'ensemble des protections que les lois sur le bien-être de l'enfance accordent aux enfants. Soulignons, par exemple, le témoignage d'Allan Simpson, sergent du Service de police de Toronto, selon lequel :

[TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit, dans des circonstances particulières, de porter *ou non* des accusations, on communique normalement avec la Société d'aide à l'enfance lorsque celle-ci n'a pas été la première à enquêter sur le cas. Les considérations primordiales sont toujours la sécurité et le bien-être de l'enfant. [En italique dans l'original.]

Priver les enfants de la possibilité de faire condamner leur père ou leur mère, ou les personnes qui les remplacent, sous le régime du *Code criminel* pour avoir employé une force raisonnable pour les corriger ne prive pas les enfants de tout recours

family out of the criminal courts. In my view, s. 43 in relation to parents and persons standing in their place is justified on this basis.

(b) *The Application of Section 1 in Relation to Teachers*

The extension of s. 43 protection to teachers has not been justified under the s. 1 test. It is argued that the legislative objective in the case of teachers echoes the policy reasons applicable to parents, but the logic for keeping criminal sanctions out of the schools is much less compelling than for keeping them out of the home. Compared with a family, a teacher's commitment to a particular child is typically of a different order and for a more limited period of time. While at one time teachers were regarded as parent-type figures, s. 43 itself draws a distinction between a "person standing in the place of a parent" and a teacher. Less harm may flow from discipline inflicted by a parent who typically shares a loving relationship with the child. The pupil-teacher relationship is closer to the master-apprentice relationship for which s. 43 protection was abolished by Parliament in 1955 (see S.C. 1953-54, c. 51, s. 43).

The evidence is that most teachers do not favour the use of force in schools for "correction". Their point is that there is a need to maintain order in schools, and keeping order may involve unwanted touching, such as "sitting" down an obstreperous child, or marching belligerents off to the principal's office.

The question is whether the undoubted need to keep order in schools justifies the s. 43 exemption of teachers from the assault provisions of the *Criminal Code*. The Law Reform Commission of Canada recommended the repeal of the s. 43 defence for school teachers, stating that the ultimate sanction should be the removal of a child from school, not corporal punishment: Law Reform Commission of

efficace. Cette mesure contribue seulement à tenir la famille à l'écart des cours criminelles. Selon moi, pour cette raison, l'art. 43 est justifié en ce qui concerne les pères et mères et les personnes qui les remplacent.

b) *L'application de l'article premier en ce qui concerne les instituteurs*

L'élargissement de la protection de l'art. 43 aux instituteurs n'a pas été justifié au sens de l'article premier. On fait valoir que l'objectif législatif, en ce qui concerne les instituteurs, fait écho aux considérations de principe applicables aux pères et mères, mais il est beaucoup moins impérieux de garder les écoles que les foyers à l'abri des sanctions pénales. Comparé à celui d'une famille, le rôle que joue un instituteur auprès d'un enfant en particulier est habituellement d'un ordre différent et d'une durée plus limitée. Bien que les instituteurs aient été considérés à une certaine époque comme des figures parentales, le texte même de l'art. 43 fait une distinction entre un instituteur et une « personne qui remplace le père ou la mère ». Les préjugés susceptibles de résulter des mesures disciplinaires imposées par un père ou une mère, qui entretient habituellement avec son enfant une relation fondée sur l'amour, sont moindres. Le lien élève-instituteur s'apparente davantage à la relation maître-apprenti à l'égard de laquelle la protection de l'art. 43 a été abolie par le législateur en 1955 (voir S.C. 1953-54, ch. 51, art. 43).

La preuve indique que la plupart des instituteurs sont contre l'emploi de la force « pour corriger » les élèves dans les écoles. Selon eux, il est nécessaire de maintenir l'ordre dans les écoles, et le maintien de l'ordre peut comporter des contacts sans consentement, comme pour « asseoir » un enfant rebelle sur sa chaise ou conduire des élèves belliqueux au bureau du directeur.

La question est de savoir si le besoin incontestable de maintenir l'ordre dans les écoles justifie l'exception prévue à l'art. 43 qui soustrait les instituteurs à l'application des dispositions du *Code criminel* relatives aux voies de fait. La Commission de réforme du droit du Canada a recommandé l'abolition du moyen de défense fondé sur l'art. 43 à l'égard des instituteurs, déclarant que la sanction

125

126

127

Canada, Working Paper 38, *Assault* (1984), at p. 44. A number of countries have abolished or modified similar legislative immunities for teachers: see, e.g., s. 47 of the British *Education (No. 2) Act 1986* (U.K.), 1986, c. 61; s. 59 of the New Zealand *Crimes Act 1961* (N.Z.), 1961, No. 43; and s. 139A of the New Zealand *Education Act 1989* (N.Z.), 1989, No. 80.

ultime pour l'enfant devrait être son expulsion de l'école, et non le châtiment corporel : Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 38, *Les voies de fait* (1984), p. 51. Plusieurs pays ont aboli ou modifié l'immunité législative semblable qu'ils accordaient aux instituteurs : voir, p. ex., l'art. 47 de l'*Education (No. 2) Act 1986* (R.-U.), 1986, ch. 61; l'art. 59 de la *Crimes Act 1961* (N.Z.), 1961, No. 43; et l'art. 139A de l'*Education Act 1989* (N.Z.), 1989, No. 80.

128 While I accept that order in the schools is a legitimate objective, I do not think that giving non-family members an immunity for the criminal assault of children "by way of correction" is a reasonable or proportionate legislative response to that problem. The attempt to save the constitutionality of s. 43 by rewriting it to distinguish between parents and teachers and carving out school order from the more general subject matter of "correction" is, in my view, a job for Parliament. In short, s. 43 does not minimally impair the child's equality right, and is not a proportionate response to the problem of order in the schools.

Même si je conviens que l'ordre dans les écoles est un objectif légitime, je ne crois pas que le fait d'accorder une immunité à des personnes extérieures à la famille ayant commis des voies de fait « pour corriger » des enfants soit une solution législative raisonnable ou proportionnée à ce problème. Tenter de préserver la constitutionnalité de l'art. 43 en le réécrivant de manière à établir une distinction entre les pères et mères et les instituteurs, et en retranchant l'ordre dans les écoles de l'objectif plus général de « correction » relève, à mon avis, du législateur. Bref, l'art. 43 ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits des enfants à l'égalité et il ne constitue pas une réponse proportionnée au problème de l'ordre dans les écoles.

7. Disposition

129 I would therefore uphold the validity of s. 43 in relation to parents and persons standing in the place of a parent, but declare it unconstitutional insofar as it extends to teachers. To that extent, the appeal should be allowed.

7. Dispositif

Je suis donc d'avis de confirmer la validité de l'art. 43 en ce qui concerne les pères et mères et les personnes qui les remplacent, mais de déclarer inconstitutionnel dans la mesure où il s'applique aux instituteurs. Dans cette mesure, le pourvoi devrait être accueilli.

130 I would answer the constitutional questions as follows:

Je suis d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes :

1. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

1. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

3. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

5. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes in relation to parents and persons standing in the place of parents. No in relation to teachers.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal raises the constitutional validity of s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which justifies the reasonable use of force by way of correction by parents and teachers against children in their care. Although I come to a conclusion which may not be very different from that reached by the Chief Justice, I do so for very different reasons. The Chief Justice significantly curtails the scope of the defence of s. 43 of the *Code*, partly on the basis that s. 43 should be strictly construed

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Oui.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui en ce qui concerne les pères et mères et les personnes qui les remplacent. Non en ce qui concerne les instituteurs.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR (dissidente) —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui prévoit que tout père, mère (ci-après « les parents ») ou instituteur est fondé à employer raisonnablement la force pour corriger un enfant confié à ses soins. En dépit de la similitude qu'elle peut avoir avec celle de la Juge en chef, ma conclusion repose sur des motifs très différents. La Juge en chef restreint sensiblement la portée du moyen de défense prévu à l'art. 43 du *Code*, notamment pour

since it withdraws the protection of the criminal law in certain circumstances. According to her analysis, s. 43 can only be raised as a defence to a charge of simple (common) assault; it applies only to corrective force, used against children older than two but not against teenagers; it cannot involve the use of objects, and should not consist of blows to the head; and it should not relate to the "gravity" of the conduct attracting correction.

- 132 With respect, in my opinion, such a restrictive interpretation of a statutory defence is inconsistent with the role of courts *vis-à-vis* criminal defences, both statutory and common law defences. Furthermore, this restrictive interpretation can only be arrived at if dictated by constitutional imperatives. Canadian courts have not thus far understood the concept of reasonable force to mean the "minor corrective force" advocated by the Chief Justice. In my view, the defence contained in s. 43 of the *Code*, interpreted and applied inconsistently by the courts in Canada, violates the constitutional rights of children to safety and security and must be struck down. Absent action by Parliament, other existing common law defences, such as the defence of necessity and the "*de minimis*" defence, will suffice to ensure that parents and teachers are not branded as criminals for their trivial use of force to restrain children when appropriate.

- 133 Section 43 of the *Code* justifies the use of force by parents and teachers by way of correction. The force that is justified is force that is "reasonable under the circumstances". The section does not say that forcible correction is a defence only to common assault. Nor has it been understood to be so restrictive: see *R. v. Pickard*, [1995] B.C.J. No. 2861 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. G.C.C.* (2001), 206 Nfld. & P.E.I.R. 231 (Nfld. S.C. (T.D.)); *R. v. Fritz* (1987), 55 Sask. R. 302 (Q.B.); *R. v. Bell*, [2001] O.J. No. 1820 (QL)

le motif que cet article doit être interprété strictement du fait qu'il retire la protection du droit criminel dans certaines circonstances. Selon elle, l'art. 43 ne peut être opposé qu'à une accusation de voies de fait simples; il s'applique seulement à la force employée pour corriger un enfant de plus de deux ans et ne vise pas celle employée pour corriger un adolescent. L'emploi de la force à laquelle il s'applique ne saurait comporter l'utilisation d'un objet et ne doit pas consister à porter des coups à la tête. L'article n'a rien à voir non plus avec la « gravité » du comportement à l'origine de la correction infligée.

En toute déférence, j'estime qu'une telle interprétation restrictive d'un moyen de défense prévu par la loi est incompatible avec le rôle que les tribunaux jouent à l'égard des moyens de défense que la loi ou la common law reconnaît en matière criminelle. De plus, une telle interprétation restrictive n'est possible que si elle repose sur des impératifs constitutionnels. Jusqu'à ce jour, les tribunaux canadiens n'ont pas donné à la force raisonnable l'interprétation préconisée par la Juge en chef, à savoir qu'il s'agit de la « force légère employée pour infliger une correction ». À mon sens, le moyen de défense prévu à l'art. 43 du *Code*, qui n'est pas interprété et appliqué uniformément par les tribunaux canadiens, porte atteinte au droit à la sécurité que la Constitution garantit à l'enfant et doit être invalidé. À moins que le Parlement ne légifère en la matière, d'autres moyens de défense reconnus par la common law, comme ceux fondés sur la nécessité et sur le principe *de minimis*, suffiront pour empêcher que soit taxés de criminels les parents ou instituteurs qui emploient une force négligeable pour retenir un enfant, lorsque cela est indiqué.

Aux termes de l'art. 43 du *Code*, les parents ou instituteurs sont fondés à employer la force pour infliger une correction. La force justifiée est celle qui est « raisonnable dans les circonstances ». L'article ne précise pas que l'emploi de la force pour infliger une correction ne peut être invoqué comme moyen de défense que pour des voies de fait simples. Il n'a pas non plus été interprété comme ayant une portée aussi restreinte : voir *R. c. Pickard*, [1995] B.C.J. No. 2861 (QL) (C. prov.); *R. c. G.C.C.* (2001), 206

(S.C.J.); and *R. v. N.S.*, [1999] O.J. No. 320 (QL) (Gen. Div.), where s. 43 was successfully raised as a defence against charges of assault with a weapon and/or assault causing bodily harm.

In the *Code*, the justifiable use of force may be advanced as a defence against a wide range of offences that have at their origin the application of force. These offences range from common assault, to assault causing bodily harm and eventually to manslaughter. Where, for example, a civilian performs a lawful arrest, the force used may be justified (see *R. v. Asante-Mensah*, [2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38, at para. 34) even though it causes "hurt or injury . . . that is more than merely transient or trifling in nature" (s. 2 of the *Code*), thereby exonerating the accused from what would otherwise be an assault causing bodily harm.

In the case at bar, the critical inquiry turns on the meaning of the phrases "force by way of correction" and "reasonable under the circumstances" (s. 43 of the *Code*). To say, as the Chief Justice does, that this defence cannot be used to justify any criminal charge beyond simple assault, that the section cannot justify the use of corrective force against a child under 2 or against a teenager, and that force is never reasonable if an object is used, is a laudable effort to take the law where it ought to be. However, s. 43 can only be so interpreted if the law, as it stands, offends the Constitution and must therefore be curtailed. Absent such constitutional constraints, it is neither the historic nor the proper role of courts to enlarge criminal responsibility by limiting defences enacted by Parliament. In fact, the role of the courts is precisely the opposite.

Setting aside any constitutional considerations for the moment, courts are expressly prohibited by

Nfld. & P.E.I.R 231 (C.S.T.-N. (1^{re} inst.)); *R. c. Fritz* (1987), 55 Sask. R. 302 (B.R.); *R. c. Bell*, [2001] O.J. No. 1820 (QL) (C.S.J.); *R. c. N.S.*, [1999] O.J. No. 320 (QL) (Div. gén.), où l'art. 43 a été opposé avec succès à des accusations d'agression armée et de voies de fait causant des lésions corporelles.

134

En ce qui concerne une multitude d'infractions résultant d'un emploi de la force, le *Code* prévoit la possibilité d'invoquer comme moyen de défense le caractère justifiable de la force utilisée. Ces infractions vont des voies de fait simples aux voies de fait causant des lésions corporelles et même à l'homicide involontaire coupable. Par exemple, le citoyen qui procède à une arrestation légale peut être fondé à employer la force (voir *R. c. Asante-Mensah*, [2003] 2 R.C.S. 3, 2003 CSC 38, par. 34) même s'il en résulte une « [b]lessure [...] qui n'est pas de nature passagère ou sans importance » (art. 2 du *Code*), et éviter, de ce fait, d'avoir à répondre de ce qui constituerait par ailleurs des voies de fait causant des lésions corporelles.

135

En l'espèce, la question cruciale est de savoir ce que signifient les expressions « force pour corriger » et « raisonnable dans les circonstances » (art. 43 du *Code*). Affirmer, comme le fait la Juge en chef, que le moyen de défense ne peut être opposé à une accusation plus grave que celle de voies de fait simples, que la disposition en cause ne saurait justifier l'emploi de la force pour corriger un enfant de moins de deux ans ou un adolescent et que l'emploi de la force comportant l'utilisation d'un objet n'est jamais raisonnable constitue un effort louable pour donner à la règle de droit en cause la signification qu'elle devrait avoir. Cependant, l'art. 43 ne pourra recevoir une telle interprétation que si, dans son état actuel, il viole la Constitution et si, pour cette raison, une restriction de sa portée s'impose. En l'absence de telles contraintes constitutionnelles, le rôle des tribunaux ne consiste pas et n'a jamais consisté à élargir le champ de la responsabilité criminelle en limitant le recours aux moyens de défense prévus par le législateur. En fait, il incombe aux tribunaux de faire exactement le contraire.

136

Abstraction faite, pour l'instant, de toute considération constitutionnelle, l'art. 9 du *Code* interdit

s. 9 of the *Code* from creating new common law offences. All criminal offences must be enacted by statute. On the other hand, the courts have been and continue to be the guardians of common law defences. This reflects the role of courts as enforcers of fundamental principles of criminal responsibility including, in particular, the fundamental concept of fault which can only be reduced or displaced by statute.

137 Our recent decision in *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24, exemplifies this classical and sound approach. *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, can be considered an exception because it curtailed a statutory defence, yet, as I will attempt to demonstrate below, it still failed to achieve a constitutionally acceptable result.

138 In this case, we have been asked to either curtail or abolish altogether a defence created by Parliament. If we are to do this, as I believe we must, it should be for higher constitutional imperatives. Absent a finding of a constitutional violation by Parliament, the reading down of a statutory defence as is done by the Chief Justice amounts to, in my respectful opinion, an abandonment by the courts of their proper role in the criminal process.

139 Courts, including this Court, have until now properly focussed on what constitutes force that is “reasonable under the circumstances”. No pre-emptive barriers have been erected. Nothing in the words of the statute, properly construed, suggests that Parliament intended that some conduct be excluded at the outset from the scope of s. 43’s protection. This is the law as we must take it in order to assess its constitutionality. To essentially rewrite it before validating its constitutionality is to hide the constitutional imperative.

140 The role of the courts when applying defences must be contrasted with the role of courts when they

expressément aux tribunaux de créer de nouvelles infractions de common law. Toute infraction criminelle doit être créée par voie législative. Par contre, les tribunaux ont été et demeurent les gardiens des moyens de défense reconnus par la common law. Cela reflète le rôle qu’ils jouent en tant que responsables de l’application des principes fondamentaux de la responsabilité criminelle, y compris, en particulier, la notion fondamentale de faute qui ne peut être atténuée ou remplacée que par voie législative.

L’arrêt récent de la Cour *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, 2001 CSC 24, illustre cette interprétation classique et judicieuse. L’arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, peut être considéré comme une exception du fait qu’il restreint la portée d’un moyen de défense prévu par la loi sans pour autant parvenir à un résultat constitutionnellement acceptable, comme je tenterai de le démontrer plus loin.

Dans la présente affaire, on nous demande de restreindre la portée d’un moyen de défense prévu par le législateur ou d’abolir complètement ce moyen de défense. Si nous accédons à cette demande, comme nous devons le faire selon moi, ce doit être en raison d’impératifs constitutionnels supérieurs. En l’absence d’une conclusion à l’existence d’une violation de la Constitution par le législateur, j’estime que l’interprétation atténuée que la Juge en chef donne au moyen de défense prévu par la loi constitue une renonciation par les tribunaux au rôle qu’ils doivent jouer en matière criminelle.

Jusqu’à maintenant, les tribunaux, y compris la Cour, se sont à juste titre concentrés sur ce qui constitue une force « raisonnable dans les circonstances ». Ils n’ont érigé aucune barrière préventive. Rien dans la loi, interprétée correctement, n’indique que le législateur a voulu qu’un comportement échappe d’emblée à la protection de l’art. 43. C’est ainsi qu’il faut interpréter la règle de droit en cause pour en évaluer la constitutionnalité. Récrire pour ainsi dire la loi de manière à pouvoir en confirmer la constitutionnalité revient à masquer l’impératif constitutionnel.

Le rôle que les tribunaux jouent en appliquant un moyen de défense doit être différencié de celui

are called upon to examine the constitutional validity of criminal offences. In such cases, it is entirely appropriate for the courts to interpret the provisions that proscribe conduct in a manner that least restricts “the liberty of the subject”, consistent with the wording of the statute and the intent of Parliament. This is what was done in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, for example. But such a technique cannot be employed to restrict the scope of statutory defences without the courts compromising the core of their interplay with Parliament in the orderly development and application of the criminal law.

In the end, I will conclude, not unlike the Chief Justice, that the use of corrective force by parents and teachers against children under their care is only permitted when the force is minimal and insignificant. I so conclude not because this is what the *Code* currently provides but because it is what the Constitution requires.

II. Analysis

Before turning to the constitutional challenge brought before us by the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (the “Foundation”), we must expose the current state of the law in Canada on the use of force against children by way of correction. Section 43 of the *Code*, under the heading “Protection of Persons in Authority”, provides that:

Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

Section 43 is situated among many other sections of the *Code* which justify the use of force in a variety of circumstances: s. 27 justifies the use of reasonable force to prevent the commission of an offence; s. 30 justifies the reasonable use of force to prevent a breach of the peace; s. 32 justifies the use of reasonable force to suppress a riot; s. 34 justifies the use of force in self-defence against an unprovoked assault; s. 35 justifies the use of force in

qu’ils sont appelés à jouer en examinant la constitutionnalité d’une infraction criminelle. Dans ces cas, il convient parfaitement que les tribunaux donnent aux dispositions interdisant un comportement l’interprétation qui porte le moins possible atteinte à « la liberté du sujet » et qui est conforme au libellé de la loi et à l’intention du législateur. C’est ce que la Cour a fait notamment dans l’arrêt *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. Cependant, les tribunaux ne peuvent utiliser cette technique pour restreindre la portée d’un moyen de défense prévu par la loi sans ébranler le fondement même de leur interaction avec le législateur en matière d’établissement et d’application ordonnés des règles de droit criminel.

En définitive, je conclurai, un peu comme le fait la Juge en chef, que les parents et instituteurs ne peuvent employer qu’une force minime et insignifiante pour corriger un enfant confié à leurs soins. Ma conclusion repose non pas sur ce que le *Code* prévoit actuellement, mais sur ce qu’exige la Constitution.

II. Analyse

Avant d’examiner la contestation constitutionnelle soumise par la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (la « Fondation »), il nous faut exposer l’état actuel du droit au Canada en ce qui concerne l’emploi de la force pour corriger un enfant. L’article 43 du *Code*, sous la rubrique « Protection des personnes exerçant l’autorité », prévoit ceci :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

L’article 43 est l’une des nombreuses dispositions du *Code* qui permettent l’emploi de la force dans diverses circonstances : l’art. 27 permet l’emploi d’une force raisonnable pour empêcher la perpétration d’une infraction; l’art. 30 permet l’emploi d’une force raisonnable pour empêcher une violation de la paix; l’art. 32 permet l’emploi d’une force raisonnable pour réprimer une émeute; l’art. 34 permet l’emploi de la force pour se défendre

141

142

143

self-defence in the case of aggression; s. 37 justifies the use of force in defence of oneself to prevent assault; s. 39 justifies the use of force in defence of personal property with a claim of right; s. 40 justifies the use of force in preventing any person from forcibly breaking into a dwelling-house; and s. 41 justifies the use of force in preventing any person from trespassing on a dwelling-house or real property.

- 144** As I indicated earlier, s. 43 may be relied on in defence of any charge which stems from the use of force. Section 265(1) of the *Code* defines assault in the following terms:

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 upon 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.

The application of the assault provision reads:

(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.

- 145** This definition becomes the foundation for the prohibition of a range of offences that have as their central feature the non-consensual use of force, with aggravating circumstances or consequences. For example, assault with a weapon or assault causing bodily harm (which includes psychological harm — *per Cory J.* in *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 81) is defined under s. 267 of the *Code* as:

contre une attaque non provoquée; l'art. 35 permet l'emploi de la force pour se défendre contre une agression; l'art. 37 permet l'emploi de la force pour résister à une attaque ou pour la prévenir; l'art. 39 permet l'emploi de la force pour défendre la possession d'un bien meuble en vertu d'un droit invoqué; l'art. 40 permet l'emploi de la force pour empêcher quiconque de pénétrer par effraction dans une maison d'habitation; l'art. 41 permet l'emploi de la force pour empêcher l'intrusion dans une maison d'habitation ou un bien immeuble.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 43 peut être opposé à toute accusation découlant de l'emploi de la force. Voici la définition que le par. 265(1) du *Code* donne des voies de fait :

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.

En ce qui concerne son application, la disposition prévoit :

(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.

Cette définition justifie l'interdiction de commettre de multiples infractions caractérisées principalement par l'emploi non consensuel de la force, auquel s'ajoutent des circonstances ou des conséquences aggravantes. Par exemple, l'art. 267 du *Code* définit ainsi l'agression armée ou l'infliction de lésions corporelles (y compris les blessures psychologiques — le juge Cory dans l'arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, p. 81) :

267. Every one who, in committing an assault,

- (a) carries, uses or threatens to use a weapon or an imitation thereof, or
- (b) causes bodily harm to the complainant,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

Section 2 of the *Code* defines bodily harm as: "any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature". Eventually, the application of non-consensual force can lead to homicide: murder, if accompanied by an intention to kill, or manslaughter if death is caused by an unlawful act such as an assault.

In many instances Parliament has explicitly foreclosed the application of certain defences to certain charges. This is so, for example, with respect to the defence of provocation in s. 232 of the *Code*. Provocation is only available as a defence to murder and not to any other offence (*R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.). By contrast, Parliament has not explicitly limited the defence under s. 43 to certain offences. Therefore the use of corrective force against children by parents and teachers is justified, even though it may cause bodily harm, as defined in s. 2 of the *Code*, if it is reasonable under the circumstances.

It was noted in *Pickard, supra*, at para. 16, that "it is at least theoretically possible to cause bodily harm with reasonable force". Indeed s. 43 has been raised successfully in defence of more than mere common assault (see para. 133).

Parliament has not dictated *a priori* that uses of force will never be reasonable in any circumstances.

267. Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois quiconque, en se livrant à des voies de fait, selon le cas :

- a) porte, utilise ou menace d'utiliser une arme ou une imitation d'arme;
- b) inflige des lésions corporelles au plaignant.

Selon l'article 2 du *Code*, l'expression « lésions corporelles » s'entend de la « [b]lessure qui nuit à la santé et au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance ». Il peut arriver que l'emploi non consensuel de la force mène à l'homicide, c'est-à-dire au meurtre, s'il y a intention de tuer, ou à l'homicide involontaire coupable, si le décès résulte d'un acte illégal telle une agression.

Dans de nombreux cas, le législateur a expressément écarté la possibilité d'opposer un certain moyen de défense à une accusation donnée. C'est le cas, par exemple, du moyen de défense fondé sur la provocation prévu à l'art. 232 du *Code*. La provocation comme moyen de défense ne peut être invoquée que pour un meurtre, à l'exclusion de toute autre infraction (*R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.). Par contre, le législateur n'a pas explicitement limité à certaines infractions la possibilité d'invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43. Les parents et instituteurs sont donc fondés à employer la force pour corriger un enfant, même s'il peut en résulter des lésions corporelles au sens de l'art. 2 du *Code*, pourvu que la force employée soit raisonnable dans les circonstances.

Dans la décision *Pickard*, précitée, par. 16, la cour a souligné qu' [TRADUCTION] « il se peut, en théorie du moins, que des lésions corporelles résultent de l'emploi d'une force raisonnable ». En fait, l'art. 43 a été opposé avec succès à des accusations plus graves que celle de voies de fait simples (voir par. 133).

Le législateur n'a pas décidé *a priori* que l'emploi de la force ne sera jamais raisonnable. Le cadre

The statutory framework is one that leaves the appreciation of reasonableness to the courts to develop on a case-by-case basis as the myriad of live circumstances are brought before the courts or are screened out by prosecutorial discretion. This is not a novel approach either in the law generally or within the criminal law context where reasonableness often plays a crucial part in the determination of criminal responsibility. Appellate courts review findings of reasonableness, or the lack thereof, while remaining generally attuned to the reality that reasonableness is intensely fact-specific. This is reflected in the broad expression “reasonable under the circumstances” which has precluded, until today, the demarcation, at the outset, of some sets of circumstances as unreasonable in all cases (e.g., “use of objects or blows or slaps to the head” as described by the Chief Justice, at para. 40).

législatif laisse aux tribunaux le soin d’apprécier le caractère raisonnable de l’emploi de la force en fonction des faits de chacun des innombrables cas qui leur sont soumis à la suite de l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Cette approche n’est pas nouvelle dans le contexte du droit en général ni dans celui du droit criminel où le caractère raisonnable joue souvent un rôle crucial dans la détermination de la responsabilité. Les cours d’appel examinent des conclusions relatives au caractère raisonnable en étant généralement conscientes que le caractère raisonnable dépend énormément des faits propres à chaque affaire. C’est ce que reflète l’expression générale « raisonnable dans les circonstances » qui, jusqu’à ce jour, a empêché que certains comportements soient considérés d’emblée comme étant déraisonnables dans tous les cas (par exemple, « l’utilisation d’un objet ou encore des gifles ou des coups à la tête » que la Juge en chef mentionne au par. 40).

149 In light of the framework established by Parliament for the s. 43 defence, we must now examine its application by the courts to date.

À la lumière du cadre établi à cet égard par le législateur, nous devons maintenant examiner la façon dont les tribunaux ont, jusqu’à ce jour, appliqué le moyen de défense prévu à l’art. 43.

150 Two cases have been heralded as the most important in establishing parameters for the interpretation of s. 43. This Court in *Ogg-Moss, supra*, at p. 183, has stated that s. 43 must be strictly construed because it has the effect of depriving individuals or groups of equal protection under the criminal law, specifically the right to be free from unconsented invasions of physical security or dignity. In *Ogg-Moss, supra*, the Court provided additional guidance with regard to one of the two key definitional aspects of s. 43, the requirement that force be used “by way of correction”. In Dickson J.’s view (as he then was), force administered “by way of correction” requires that the person applying the force intends it for corrective purposes and that the child at whom the force is directed is capable of learning.

Deux arrêts sont considérés comme les plus importants en ce qui a trait à l’établissement de paramètres pour l’interprétation de l’art. 43. Dans l’arrêt *Ogg-Moss*, précité, p. 183, la Cour affirme que l’art. 43 doit recevoir une interprétation stricte étant donné qu’il a pour effet d’ôter à des personnes ou à des groupes la protection que le droit criminel offre également à tous, à savoir le droit de chacun d’être protégé des atteintes à sa sécurité physique et à sa dignité sans son consentement. Dans cet arrêt, la Cour donne d’autres indications sur l’une des deux caractéristiques principales de l’art. 43, à savoir l’exigence que la force soit employée « pour corriger ». Selon le juge Dickson (plus tard Juge en chef), la force employée « pour corriger » exige que la personne qui emploie la force le fasse pour infliger une correction et que l’enfant ainsi corrigé soit capable d’en tirer une leçon.

151 The scope of the second key aspect of the provision, “reasonable under the circumstances”,

La portée de la deuxième caractéristique principale de la disposition, à savoir l’exigence que la

is much more difficult to determine. Indeed, the Saskatchewan Court of Appeal's attempt at interpreting this phrase in *R. v. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453, is perhaps the most frequently cited case on the parameters of reasonableness under s. 43. In *Dupperon*, at p. 460, the Court of Appeal set out some factors to guide the determination of whether force exceeds what is reasonable under the circumstances. The factors, which are to be considered from both an objective and subjective standpoint, are:

- the nature of the offence calling for correction;
- the age and character of the child;
- the likely effect of the punishment on this particular child;
- the degree of gravity of the punishment;
- the circumstances under which the punishment was inflicted; and
- the injuries, if any, suffered.

The Court of Appeal added that if the child suffered injuries which may endanger life, limbs or health or if the child was disfigured, that alone would be sufficient to find that the punishment was unreasonable.

(1) *Applications of the Section 43 Test Post-Dupperon*

The following provides some recent examples of cases decided after the judicial interpretation in *Ogg-Moss, supra*, and *Dupperon, supra*, in which more severe physical discipline, including discipline involving blows to the face and discipline with an implement, has been found to be reasonable.

(a) Acquittals of Teachers Using Force

In *R. v. Wetmore* (1996), 172 N.B.R. (2d) 224 (Q.B. (T.D.)), a high school teacher, who did not believe in suspension as a sanction, applied his

force employée soit « raisonnable dans les circonstances », est beaucoup plus difficile à déterminer. En fait, l'arrêt *R. c. Dupperon* (1984), 16 C.C.C. (3d) 453, dans lequel la Cour d'appel de la Saskatchewan a tenté d'interpréter cette expression, est peut-être celui qui est le plus souvent cité quant aux paramètres dont il faut tenir compte pour déterminer ce qui est raisonnable au sens de l'art. 43. À la p. 460 de cet arrêt, la Cour d'appel énonce certains facteurs utiles pour décider si la force employée dépasse la mesure raisonnable dans les circonstances. Ces facteurs, qui doivent être considérés objectivement et subjectivement, sont les suivants :

- la nature de la faute à l'origine de la correction infligée;
- l'âge et le caractère de l'enfant;
- l'effet probable du châtiment sur cet enfant;
- la sévérité du châtiment;
- les circonstances dans lesquelles le châtiment a été infligé;
- les blessures subies, s'il en est.

La Cour d'appel a ajouté que, si l'enfant a subi des blessures susceptibles de constituer un risque pour sa vie, son intégrité physique ou sa santé, ou encore si l'enfant a été défiguré, cela peut suffire pour que le châtiment soit jugé déraisonnable.

(1) *Application du critère de l'article 43 après l'arrêt Dupperon*

Voici quelques exemples de décisions récentes rendues après les arrêts *Ogg-Moss* et *Dupperon*, précités, où un châtiment corporel plus sévère comportant notamment des coups au visage et l'utilisation d'un objet a été jugé raisonnable.

a) Acquittements d'instituteurs ayant employé la force

Dans l'affaire *R. c. Wetmore* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 224 (B.R. (1^{re} inst.)), un enseignant d'école secondaire, qui ne croyait pas à l'efficacité de la

training in karate to discipline four students in his grade 10 class. He demonstrated his karate skills on the students, striking them about the shoulders and hitting one student's face and the hands of another student which were covering the student's face. The judge noted that there were no injuries, that the force used was "minimal" and that the obnoxious behaviour of the students was effectively controlled (para. 13). It was reasonable for the teacher to use physical force to instill fear in the high school students to gain their respect. The judge noted that "[w]hile the punishment rendered might be unorthodox, it was not unreasonable" (para. 22).

suspension en tant que sanction, s'était servi de sa connaissance du karaté pour corriger quatre élèves de dixième année. Il avait fait une démonstration de karaté aux élèves en les frappant à la hauteur des épaules et avait atteint un élève au visage et un autre aux mains alors qu'il se protégeait le visage. Le juge a fait observer qu'il n'y avait pas eu de blessure et que la force employée avait été « minime » et avait permis de mettre fin au comportement insupportable des élèves (par. 13). Il était raisonnable que l'enseignant emploie la force physique pour inspirer la crainte chez les élèves du secondaire et ainsi gagner leur respect. Le juge a ajouté : « Si l'on peut qualifier la punition de peu orthodoxe, on ne peut dire, par contre, qu'elle était déraisonnable » (par. 22).

154 In *R. v. Graham* (1995), 160 N.B.R. (2d) 306 (Q.B. (T.D.)), a school principal lifted an 8 or 9-year-old girl out of her desk and struck her buttocks. A red mark remained on her buttocks for 24 hours. The child was being inattentive and disruptive in class. She was not doing her work and was bothering other children. The judge followed older cases in which it was held that a slight wound was not determinative given that corporal punishment must be severe enough to take effect lest it encourages "indifference", "independence and defiance" (para. 11).

Dans l'affaire *R. c. Graham* (1995), 160 R.N.-B. (2^e) 306 (B.R. (1^{re} inst.)), un directeur d'école avait soulevé de sa chaise une fillette de 8 ou 9 ans et lui avait donné la fessée. Une marque rouge était restée imprimée sur les fesses de la fillette pendant 24 heures. L'enfant était dissipée. Elle ne travaillait pas en classe et dérangeait les autres. Le juge a suivi la jurisprudence voulant qu'une blessure légère ne soit pas déterminante étant donné que le châtiment corporel infligé doit être assez sévère pour être efficace et éviter qu'il devienne une cause « d'indifférence », voire « d'indifférence et de défi » (par. 11).

155 In *R. v. Plourde* (1993), 140 N.B.R. (2d) 273 (Prov. Ct.), a grade 8 teacher faced with undisciplined behaviour in the classroom picked up one of the students to remove him from the classroom and banged his back on the chalkboard, causing a red mark on his back and red marks on his forearm. When the teacher returned, he confronted another student who began to stand up. The teacher slapped him on the head while grabbing him by the shoulders to make him sit down. A girl called the teacher crazy. The teacher grabbed her arm and pulled her to the intercom where he called the principal. The judge said that this teacher, facing "insolent behaviour", must ensure respect for authority (para. 8). It had not been shown that the force was unreasonable under the circumstances.

Dans l'affaire *R. c. Plourde* (1993), 140 R.N.-B. (2^e) 273 (C. prov.), un enseignant de huitième année aux prises avec des élèves indisciplinés avait entrepris d'expulser l'un d'eux de la classe. Ce faisant, il avait soulevé l'élève et l'avait poussé contre le tableau, lui imprimant ainsi des marques rouges au dos et à l'avant-bras. À son retour, l'enseignant avait affronté un autre élève qui s'était alors levé. Il l'avait frappé à la tête tout en le saisissant par les épaules pour le contraindre à s'asseoir. Une élève l'avait alors traité de cinglé. Il l'avait attrapée par le bras, puis l'avait tirée jusqu'à l'interphone, d'où il avait appelé le directeur. Le juge a affirmé que, face à un « comportement insolent », l'enseignant devait faire respecter l'autorité (par. 8). On n'avait pas démontré que la force employée était déraisonnable dans les circonstances.

For other instances of acquittals of teachers see: *R. v. Caouette*, [2002] Q.J. No. 1055 (QL) (C.Q.), where a teacher grabbed a 12-year-old student by the throat with both hands, then gave him a “cuff” in the stomach with an open hand; *R. v. Skidmore*, Ont. C.J., No. 8414/99, June 27, 2000, *per* Nosanchuk J., where a teacher grabbed a 13-year-old boy by the arm and throat and pushed him up against a wall; *R. v. Gallant* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 174 (P.E.I. Prov. Ct.), where a teacher struck an 11-year-old boy in the face with an open hand; and *R. v. Fonder*, [1993] Q.J. No. 238 (QL) (C.A.), where a teacher hit a 14-year-old on the head with a book.

(b) Acquittals Involving Use of Force to the Face or Head

In *R. v. James*, [1998] O.J. No. 1438 (QL) (Prov. Div.), a father hit his 11-year-old son in the face with an open hand during an argument in which the child swore. The father testified that his purpose in smacking his son was to “stamp out” the son’s foul language and “attitude” right there and then. When the child went to school that afternoon, a teacher noticed finger marks on the boy’s cheek.

In *R. v. Wood* (1995), 176 A.R. 223 (Prov. Ct.), a father slapped his 4-year-old child on the face when he refused to stop yelling during the course of his lunch. The boy was suffering from an ear infection at the time and attended at a hospital that same day for treatment. The first thing that the attending physician noticed upon examination of the child were marks on the side of his face opposite to that side which involved the draining ear. “[A]n actual imprint of a hand was visible on the child’s face” (para. 5). Citing several examples, the judge noted that “the administration of a slap to the head of a child is not per se excessive force constituting an assault” (para. 14).

In *R. v. Vivian*, [1992] B.C.J. No. 2190 (QL) (S.C.), a stepfather grabbed his stepdaughter by the hair and pushed her head against a cupboard during a disagreement. Despite the fact that the provincial

Pour d’autres cas d’acquittement d’un instituteur, voir l’affaire *R. c. Caouette*, [2002] J.Q. n° 1055 (QL) (C.Q.), où un enseignant avait saisi à la gorge avec ses deux mains un élève de 12 ans, et l’avait ensuite frappé du plat de la main à l’abdomen; l’affaire *R. c. Skidmore*, C.J. Ont., n° 8414/99, 27 juin 2000, le juge Nosanchuk, où un enseignant avait attrapé un garçon de 13 ans par le bras et la gorge et l’avait poussé contre le mur; l’affaire *R. c. Gallant* (1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 174 (C. prov. Î.-P.-É.), où un enseignant avait giflé un garçon de 11 ans; l’affaire *R. c. Fonder*, [1993] A.Q. n° 238 (QL) (C.A.), où un enseignant avait donné à un élève de 14 ans un coup de livre sur la tête.

b) Acquittements — Emploi de la force ayant consisté à porter des coups au visage ou à la tête

Dans l’affaire *R. c. James*, [1998] O.J. No. 1438 (QL) (Div. prov.), un père avait giflé son fils de 11 ans qui avait juré au cours d’une dispute. Le père a témoigné qu’il avait giflé son fils afin d’[TRADUCTION] « enrayer » sur-le-champ son « attitude » et son langage grossiers. Lorsque l’enfant s’était rendu à l’école l’après-midi même, un enseignant avait remarqué la présence de marques de doigt sur sa joue.

Dans l’affaire *R. c. Wood* (1995), 176 A.R. 223 (C. prov.), un père avait giflé son enfant de 4 ans parce qu’il n’arrêtait pas de hurler en mangeant. Le garçon, qui souffrait alors d’une infection à l’oreille, s’était rendu à l’hôpital le même jour pour y être traité. La première chose que le médecin traitant avait remarquée en examinant l’enfant était la présence de marques au visage du côté opposé à celui de l’oreille infectée. [TRADUCTION] « On pouvait apercevoir l’empreinte d’une main sur le visage de l’enfant » (par. 5). À l’aide de plusieurs exemples, le juge a fait observer que [TRADUCTION] « la tape donnée sur la tête d’un enfant n’est pas en soi une force excessive constituant des voies de fait » (par. 14).

Dans l’affaire *R. c. Vivian*, [1992] B.C.J. No. 2190 (QL) (S.C.), lors d’une dispute, un beau-père avait attrapé sa belle-fille par les cheveux et l’avait poussée tête première contre une armoire. En dépit

156

157

158

159

court judge described the stepfather as “more angry than he is now prepared to admit”, Leggatt J. found that the force used was minimal.

160 For other acquittals involving use of force to the face or head see: *Fonder, supra; Plourde, supra; Wetmore, supra;* and *Gallant, supra.*

161 For other acquittals involving serious infliction of injury on children see: *R. v. Murphy* (1996), 108 C.C.C. (3d) 414 (B.C.C.A.), where the accused used electrical tape to restrain the 3-year-old nephew of his common-law wife in a chair; *R. v. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108 (Man. C.A.), where a father kicked his 8-year-old son for having spilled a packet of sunflower seeds on the floor after being asked not to open the packet; *R. v. Goforth* (1991), 98 Sask. R. 26 (Q.B.), where a father disciplined his 8-year-old son causing marks of bruising and discolouration; and *R. v. Wheeler*, [1990] Y.J. No. 191 (QL) (Terr. Ct.), where a foster mother slapped a 7-year-old on the hand and wrist approximately 12 times causing bruising.

(c) Acquittals Involving Use of Force Against Teenagers

162 In *G.C.C., supra*, a father struck his 14-year-old daughter with a belt three to four times across the top of the back of her legs, leaving welts and bruises. He was charged with assault with a weapon *per s. 245.1(1)(a)* of the *Code*. Despite expressing the personal view that the use of a belt in disciplining is always unreasonable, the judge, citing several authorities as examples, noted that there are occasions when the law recognizes such behaviour as not criminal (para. 44). He concluded that the force used was not unreasonable in the circumstances.

163 In *Pickard, supra*, a father, seeking to forcibly remove his 15-year-old son from a room in order to show him “who was boss” (para. 10), was

de l'affirmation du juge de la cour provinciale selon laquelle le beau-père était [TRADUCTION] « plus en colère qu'il n'est maintenant disposé à l'admettre », le juge Leggatt a conclu que la force employée était minime.

Pour d'autres cas d'acquittement où la force employée avait consisté à porter des coups au visage ou à la tête, voir les affaires *Fonder, Plourde, Wetmore* et *Gallant*, précitées.

Pour des acquittements prononcés dans des cas où un enfant avait subi des blessures graves, voir l'affaire *R. c. Murphy* (1996), 108 C.C.C. (3d) 414 (C.A.C.-B.), où l'accusé s'était servi de ruban isolant pour immobiliser sur une chaise le neveu de 3 ans de sa conjointe de fait; l'affaire *R. c. K. (M.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 108 (C.A. Man.), où un père avait donné un coup de pied à son fils de 8 ans qui avait répandu sur le plancher le contenu d'un emballage de graines de tournesol qu'il lui avait interdit d'ouvrir; l'affaire *R. c. Goforth* (1991), 98 Sask. R. 26 (B.R.), où un père avait causé des hématomes et des ecchymoses à son fils de 8 ans en le corigeant; l'affaire *R. c. Wheeler*, [1990] Y.J. No. 191 (QL) (C. terr.), où une mère de famille d'accueil avait frappé environ 12 fois, sur la main et le poignet, un enfant de 7 ans et lui avait ainsi infligé des contusions.

c) Acquittements — Emploi de la force contre un adolescent

Dans l'affaire *G.C.C.*, précitée, un père avait utilisé une ceinture pour frapper trois ou quatre fois, à l'arrière des cuisses, sa fille de 14 ans, lui causant ainsi des zébrures et des contusions. Une accusation d'agression armée, fondée sur l'al. 245.1(1)a) du *Code*, avait été portée contre lui. Tout en se disant d'avis que l'emploi d'une ceinture pour infliger une correction était toujours déraisonnable, le juge a fait remarquer, à l'aide de plusieurs exemples de décision, qu'il y a des cas où la loi considère qu'un tel comportement n'est pas criminel (par. 44). Il a conclu que la force employée n'était pas déraisonnable dans les circonstances.

Dans l'affaire *Pickard*, précitée, un père avait été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles après avoir tenté d'expulser son fils de 15 ans

charged with assault causing bodily harm. The father punched his son and knocked him down. This resulted in scratches and a bruise on the son's forehead and caused him "considerable pain and discomfort" (para. 13) for several days. The court acquitted the father of assault on the grounds that he and his son were physically almost evenly matched and "[a]nything less than a hard blow to [the son's] body would have failed to evoke a submissive response" (para. 19).

In *R. v. V.L.*, [1995] O.J. No. 3346 (QL) (Prov. Div.), a stepfather, in response to offensive comments from his stepson, struck the 13-year-old boy in the mouth with an open hand causing a swollen lip. While noting that a "parent delivering a blow to the head area of a child is definitely entering dangerous waters" (para. 24), the court found that in the circumstances the force was reasonable as the boy's behaviour warranted corrective action on the part of the parent. The court also noted that the "fact that an injury results from the punishment of a child does not in and of itself prove that the force was excessive" (para. 23).

For other acquittals involving the use of force on teenagers see: *Fritz, supra*, where an aunt and uncle of two teenaged girls (13 and 14) were charged with assault with a weapon. The uncle told his nieces to strip to their bra and panties and strapped them with a plastic belt across the buttocks and thighs; *R. v. Holmes*, [2001] Q.J. No. 7640 (QL) (Sup. Ct.), where a teacher lifted a 13-year-old boy from the floor using a wrestling hold to the back of the head and under the chin; and *R. v. Harriott* (1992), 128 N.B.R. (2d) 155 (Prov. Ct.), where a teacher grabbed and shook a 14-year-old by the head and pushed him into his seat. See also *Wetmore, supra*; *Plourde, supra*; *Fonder, supra*; and *Skidmore, supra*.

d'une pièce pour lui montrer [TRADUCTION] « qui était le patron » (par. 10). Le père avait jeté son fils à terre d'un coup de poing, lui causant des égratignures et une contusion au front, ainsi qu'"une douleur et un malaise considérables" ayant perduré pendant plusieurs jours (par. 13). Le père a été acquitté parce que son fils et lui avaient presque la même stature et que, « seul un solide coup porté au corps [du fils] pouvait permettre de le maîtriser » (par. 19).

164

Dans l'affaire *R. c. V.L.*, [1995] O.J. No. 3346 (QL) (Div. prov.), réagissant à l'insolence dont il était l'objet de sa part, un beau-père avait frappé, du plat de la main à la bouche, son beau-fils de 13 ans qui s'était retrouvé la lèvre enflée. Tout en soulignant qu'[TRADUCTION] « il n'y a pas de doute qu'un père ou une mère qui frappe son enfant à la tête s'aventure sur un terrain glissant » (par. 24), la cour a conclu que, dans les circonstances, la force employée était raisonnable étant donné qu'en raison de son comportement le garçon méritait d'être corrigé par son père ou sa mère. Elle a ajouté que le « fait que le châtiment ait causé une blessure à l'enfant ne prouve pas en soi que la force employée était excessive » (par. 23).

165

Pour d'autres acquittements prononcés dans des cas où la force avait été employée contre un adolescent, voir l'affaire *Fritz*, précitée, où la tante et l'oncle de deux adolescentes (âgées respectivement de 13 et 14 ans) avaient été accusés d'agression armée. L'oncle avait demandé à ses nièces de se dévêter et de ne conserver que leur soutien-gorge et leur slip et avait utilisé une ceinture de plastique pour les frapper aux fesses et aux cuisses; l'affaire *R. c. Holmes*, [2001] J.Q. n° 7640 (QL) (C.S.), où un enseignant avait soulevé de terre un garçon de 13 ans en le tenant par l'arrière de la tête et la gorge à la manière d'un lutteur; l'affaire *R. c. Harriott* (1992), 128 R.N.-B. (2^e) 155 (C. prov.), où un enseignant avait secoué un élève de 14 ans en le tenant par la tête et l'avait contraint de s'asseoir en le poussant sur sa chaise. Voir également les affaires *Wetmore*, *Plourde*, *Fonder* et *Skidmore*, précitées.

(d) Acquittals Involving Use of Force Against Children Under 2

¹⁶⁶ In *R. v. Atkinson*, [1994] 9 W.W.R. 485 (Man. Prov. Ct.), two of the children were 2 years old and a third child was almost 3½ years of age when the foster-mother/aunt hit the children with a belt on their diapered bottoms, sometimes leaving red marks. In the absence of evidence describing the type of belt used (i.e., what it was made of, its length, or width, or whether it had a buckle), the judge felt unable to assess whether the use of the belt was unreasonable and excessive in the circumstances (para. 22). One child was also struck in the chest with an open hand. The judge noted, at para. 23, that

[w]hile clearly a child's chest should never be struck as a disciplining measure, there is no evidence in this case from which it could be concluded that the force used during this particular incident was excessive.

(e) Acquittals Involving the Use of Implements

¹⁶⁷ In *Bell, supra*, a father was charged with assault with a weapon for striking his 11-year-old son with a belt two or three times for stealing candy and lying about it. At least one blow struck the child on his right thigh which left a bruise that matched the shape of the buckle. The judge noted, at para. 30:

When appropriate deference is shown to the parent's value system and to their decision that they see the transgression as serious, then the infliction of some pain and a bruise that is merely transient or trifling in nature . . . cannot as a matter of law, constitute unreasonable force.

¹⁶⁸ In *R. v. L.A.K.* (1992), 104 Nfld. & P.E.I.R. 118 (Nfld. Prov. Ct.), the use of a belt by a father in correcting his 11-year-old daughter which resulted in some bruising was held to fall within the parameters of the s. 43 defence. Though the discipline "must have had a significant impact on [the daughter]" (para. 37), evidenced by the fact that she reported the incident to a social worker, the judge went on to find somewhat contradictorily that the injury "was of transient and perhaps trifling consequence for

d) Acquittements — Emploi de la force contre un enfant de moins de 2 ans

Dans l'affaire *R. c. Atkinson*, [1994] 9 W.W.R. 485 (C. prov. Man.), deux des enfants avaient 2 ans et le troisième avait presque 3 ans et demi lorsque leur tante, qui était leur mère de famille d'accueil, les avait frappés sur la couche avec une ceinture, leur imprimant parfois des marques rouges aux fesses. Faute de preuve concernant le type de ceinture employée (c'est-à-dire la matière dont elle était fabriquée, sa longueur ou sa largeur, la présence ou l'absence d'une boucle), le juge s'est senti incapable de décider si l'emploi de la ceinture était déraisonnable et excessif dans les circonstances (par. 22). L'un des enfants avait également été frappé du plat de la main à la poitrine. Le juge a souligné, au par. 23, que

[TRADUCTION] [m]ême s'il est clair que l'on ne doit jamais frapper un enfant à la poitrine pour le corriger, rien ne permet de conclure en l'espèce que la force employée était excessive.

e) Acquittements — Emploi d'un objet

Dans l'affaire *Bell*, précitée, un père avait été accusé d'agression armée après avoir frappé deux ou trois fois, avec une ceinture, son fils de 11 ans qui avait volé un bonbon et menti à ce sujet. L'enfant avait été atteint au moins une fois à la cuisse droite, et la contusion alors causée avait la même forme que la boucle de la ceinture. Le juge a dit, au par. 30 :

[TRADUCTION] Si l'on s'en remet, comme il se doit, à l'échelle des valeurs des parents et à leur décision de considérer que la faute commise est grave, l'infliction d'une douleur et d'une contusion simplement passagère ou sans importance [. . .] ne saurait équivaloir en droit à l'emploi d'une force déraisonnable.

Dans la décision *R. c. L.A.K.* (1992), 104 Nfld. & P.E.I.R. 118, la Cour provinciale de Terre-Neuve a estimé qu'un père ayant corrigé sa fille de 11 ans avec une ceinture et lui ayant causé des contusions pouvait invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43. Tout en considérant que la correction avait [TRADUCTION] « dû avoir un effet important sur [la fillette] » (par. 37), étant donné qu'elle l'avait signalée à un travailleur social, le juge s'est quelque peu contredit en concluant que la blessure

her" (para. 39). Interestingly, despite dismissing the charges against the father, the judge also noted, at para. 33:

I am satisfied that if L.K. and his wife and their children, rethought the whole matter of discipline they could probably come to the conclusion that the use of force could be abandoned and other effective sanctions could be devised by them as disciplinary measures.

In *R. v. Robinson*, [1986] Y.J. No. 99 (QL) (Terr. Ct.), a father strapped his 12-year-old daughter about four or five times with a leather belt that was doubled over twice. She sustained bruises, which doctors predicted would disappear within seven to ten days. The court described the punishment as "an administration of short-term pain in the hope that it will have a corrective effect on the child" (para. 7). Finding that the accused's conduct was justified, the court dismissed the charges against him.

For another instance of an acquittal where a child was struck with a belt, see: *R. v. V.H.*, [2001] N.J. No. 307 (QL) (Prov. Ct.), at paras. 87-91, where a grandfather struck his granddaughter on her behind with a belt. For instances of acquittals involving the striking of children with other implements, see: *N.S., supra*, where a father was charged with assault with a weapon causing bodily harm for punishing his two children with a horse harness leaving welts; *R. v. O.J.*, [1996] O.J. No. 647 (QL) (Prov. Div.), where a mother hit her 6-year-old on the buttocks with a plastic ruler, causing bruises and red marks; and *R. v. Dunfield* (1990), 103 N.B.R. (2d) 172 (Q.B. (T.D.)), where a foster mother hit a 9-year-old on the arm with a ruler causing bruising and breaking the ruler. See also *Fritz, supra*.

It is this body of law that the appellant attacks as unconstitutional. Absent a constitutional challenge, the law would likely continue to evolve and would no doubt reflect changing attitudes in society regarding the merits and acceptability of the

[TRADUCTION] « avait sur elle des conséquences passagères, voire sans importance » (par. 39). Fait intéressant, tout en rejetant les accusations portées contre le père, le juge a ajouté, au par. 33 :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que, si L.K., son épouse et leurs enfants reconnaissent toute la question de la discipline, ils pourraient probablement conclure à la possibilité d'abandonner l'emploi de la force pour infliger une correction et de la remplacer par d'autres mesures efficaces de leur cru.

Dans l'affaire *R. c. Robinson*, [1986] Y.J. No. 99 (QL) (C. terr.), un père avait frappé quatre ou cinq fois sa fille de 12 ans avec une ceinture de cuir pliée en quatre. Celle-ci avait subi des contusions qui, selon les médecins, disparaîtraient dans un délai de sept à dix jours. La cour a estimé que le châtiment avait consisté à [TRADUCTION] « infliger à l'enfant une douleur de courte durée dans le but de l'éduquer » (par. 7). Après avoir conclu que le comportement de l'accusé était justifié, la cour a rejeté les accusations portées contre lui.

169

Pour un autre cas d'acquittement où un enfant avait été frappé avec une ceinture, voir l'affaire *R. c. V.H.*, [2001] N.J. No. 307 (QL) (C. prov.), par. 87-91, où un grand-père avait frappé le postérieur de sa petite-fille avec une ceinture. Pour des cas d'acquittement où des enfants avaient été frappés avec un autre objet, voir l'affaire *N.S.*, précitée, où un père avait été accusé d'agression armée causant des lésions corporelles après avoir puni ses deux enfants en les frappant avec un harnais de cheval qui leur avait causé des zébrures; l'affaire *R. c. O.J.*, [1996] O.J. No. 647 (QL) (Div. prov.), où une mère avait frappé son enfant de 6 ans sur les fesses avec une règle de plastique qui avait laissé sur l'enfant des contusions et des marques rouges; l'affaire *R. c. Dunfield* (1990), 103 R.N.-B. (2^e) 172 (B.R. (1^{re} inst.)), où une mère de famille d'accueil avait frappé une enfant de 9 ans au bras avec une règle qui s'était brisée et lui avait causé des contusions. Voir également l'affaire *Fritz*, précitée.

170

C'est ce courant jurisprudentiel que l'appelante qualifie d'inconstitutionnel. En l'absence d'une contestation constitutionnelle, le droit continuerait probablement d'évoluer et refléterait sans doute le changement, dans la société, des mentalités

171

corporal punishment of children. As a society, we have in the past tolerated or even encouraged the use of corporal punishment against women, apprentices, employees, passengers on ships and prisoners. Each of these practices eventually fell into disrepute without any constitutional intervention.

172 By the time of the codification of Canadian criminal law in 1892, the right to use corporal punishment on wives and servants was no longer legally justified (see S. D. Greene, "The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code: Children's Right to be Protected from Physical Assault, Part 1" (1999), 41 *Crim. L.Q.* 288, at pp. 292-93). The physical discipline of apprentices by masters was codified in *The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 55, and omitted in the 1955 version of the *Code* (S.C. 1953-54, c. 51; *Martin's Criminal Code* (1955), at p. 118; see also D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 503). Whipping as a form of criminal punishment also survived the 1892 codification of criminal law, for such offences as rape and gross indecency. The penalty was later abolished in 1973 (see A. McGillivray, "'He'll learn it on his body': Disciplining childhood in Canadian law" (1997), 5 *Int'l J. Child. Rts.* 193, at p. 199). Similarly, s. 44 added in the 1955 version of the *Code* which justified the use of force in maintaining discipline by a master or officer of a ship will be repealed when the 2001 amendments to the *Canada Shipping Act* come into force (S.C. 2001, c. 26, s. 294). As Cory J. (in dissent) noted in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 818:

What is acceptable as punishment to a society will vary with the nature of that society, its degree of stability and its level of maturity. The punishments of lashing with the cat-o-nine tails and keel-hauling were accepted forms of punishment in the 19th century in the British navy. Both of those punishments could, and not infrequently, did result in death to the recipient. By the end of the 19th century, however, it was unthinkable that such penalties would be inflicted. A more sensitive society had made such penalties abhorrent.

concernant le bien-fondé et le caractère acceptable du châtiment corporel infligé à un enfant. En tant que société, nous avons, dans le passé, toléré, voire encouragé, l'infraction de châtiments corporels aux femmes, aux apprentis, aux employés, aux passagers à bord d'un navire et aux prisonniers. Chacune de ces pratiques a fini par être dénoncée sans aucune intervention fondée sur la Constitution.

Au moment de la codification du droit criminel canadien en 1892, la loi n'autorisait plus l'infraction de châtiments corporels aux épouses et aux domestiques (voir S. D. Greene, « The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code : Children's Right to be Protected from Physical Assault, Part 1 » (1999), 41 *Crim. L.Q.* 288, p. 292-293). Le droit d'un patron d'infliger un châtiment corporel à un apprenti a été codifié dans le *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 55, et omis dans la version de 1955 (S.C. 1953-54, ch. 51; *Martin's Criminal Code* (1955), p. 118; voir également D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 503). Après la codification du droit criminel en 1892, le fouet est demeuré une sanction pénale applicable à certaines infractions comme le viol et la grossière indécence. Il a été aboli plus tard en 1973 (voir A. McGillivray, « "He'll learn it on his body" : Disciplining childhood in Canadian law » (1997), 5 *Int'l J. Child. Rts.* 193, p. 199). De même, l'art. 44 ajouté dans la version de 1955 du *Code*, qui autorisait le capitaine, patron ou commandant d'un navire à employer la force pour maintenir la discipline, sera abrogé au moment de l'entrée en vigueur des modifications contenues dans la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, L.C. 2001, ch. 26, art. 294. Comme le juge Cory (dissident) l'a fait observer dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 818 :

Ce qui est une peine acceptable pour une société dépend de la nature de cette dernière, de son degré de stabilité et de son niveau de maturité. La peine du fouet à neuf lanières et le supplice de la cale étaient des punitions acceptées dans la marine britannique, au XIX^e siècle. Or, ces deux peines pouvaient entraîner la mort et il est arrivé que ce fut le cas. Toutefois, à la fin du XIX^e siècle, ces peines étaient impensables. Une société plus sensible les avait rendues répugnantes.

That s. 43 is rooted in an era where deploying “reasonable” violence was an accepted technique in the maintenance of hierarchies in the family and in society is of little doubt. Children remain the only group of citizens who are deprived of the protection of the criminal law in relation to the use of force (A. McGillivray, “*R. v. K. (M.): Legitimizing Brutality*” (1993), 16 C.R. (4th) 125, at pp. 129-30). Whether such policy ought to be acceptable today with respect to children is the subject of ongoing debate in society about the appropriateness and effectiveness of the use of corporal punishment by way of correction. We have not been asked to take a side in that debate. However, the issue is also the subject of the constitutional challenge brought before us by the Foundation. This legal challenge is what we must address.

The Foundation argues that the use of force permitted under s. 43, which exonerates a person who would otherwise be guilty of a crime, violates the constitutional rights of children and must be declared of no force or effect. I now turn to the appellant’s constitutional argument under s. 7 of the *Charter*.

(2) Section 7

Where an infringement of s. 7 is alleged, the analysis has three main stages: (1) determining whether there exists a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the person, or a combination of these interests; (2) identifying and defining the relevant principle(s) of fundamental justice; and (3) determining whether the deprivation has occurred in accordance with the relevant principle(s) (*R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 38).

The parties agree that the first stage has been met, specifically that s. 43 engages the “security of the person” interest of children. The criminal law is the mechanism by which the state protects the liberty and security of its citizens. Where the application of the criminal law is withdrawn from a portion of the population, the state has removed the protective force of the law from this group. The absence of this protective force, and the correlative sanction by the state of what would otherwise be an assault,

Il n’y a pas de doute que l’art. 43 remonte à une époque où le recours à une violence « raisonnable » était acceptable pour maintenir la hiérarchie au sein de la famille et de la société. Les enfants demeurent le seul groupe de citoyens qui ne bénéficient pas de la protection du droit criminel en matière d’emploi de la force (A. McGillivray, « *R. v. K. (M.) : Legitimizing Brutality* » (1993), 16 C.R. (4th) 125, p. 129-130). Un débat de société entoure la question de savoir si cette politique est encore acceptable de nos jours et si l’infraction d’une correction au moyen d’un châtiment corporel est appropriée. On ne nous demande pas de prendre parti dans ce débat. Toutefois, la contestation constitutionnelle que la Fondation nous a soumise porte également sur cette question. C’est cet aspect de la contestation judiciaire que nous devons examiner.

Selon la Fondation, l’emploi de la force permis par l’art. 43, qui évite à une personne d’avoir à répondre de ce qui constituerait par ailleurs un crime, viole les droits que la Constitution garantit aux enfants et doit être déclaré inopérant. J’examine maintenant l’argument de l’appelante fondé sur l’art. 7 de la *Charte*.

(2) Article 7

Lorsqu’une violation de l’art. 7 est alléguée, l’analyse qui doit être effectuée comporte trois étapes principales : (1) déterminer s’il y a atteinte réelle ou imminente à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ou à une combinaison de ces droits; (2) identifier et définir le ou les principes de justice fondamentale applicables; (3) déterminer si l’atteinte est conforme aux principes applicables (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 38).

Les parties reconnaissent que la première étape est franchie, en ce sens que l’art. 43 met en jeu le droit de l’enfant à la « sécurité de sa personne ». Le droit criminel est le mécanisme par lequel l’État assure la liberté et la sécurité de ses citoyens. Lorsque l’État refuse l’application du droit criminel à une partie de la population, il la prive de la force protectrice de la loi. J’estime que l’absence de cette force protectrice, jumelée à la sanction corrélatrice par l’État d’un acte qui constituerait par ailleurs des voies de

173

174

175

176

suffices, in my view, to amount to a deprivation of children's security of the person interest. In *Ogg-Moss, supra*, at p. 187, the Court noted (although not in the context of the *Charter*) that s. 43 resulted in an "attenuation of [a child's] right to dignity and physical security". I will therefore proceed on the basis that s. 43 deprives children of their security of the person interest. The question then becomes whether this deprivation of children's security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice.

177 The appellant argues that s. 43 violates the principle of vagueness. I agree. A vague law violates the principles of fundamental justice as it offends two values that are fundamental to the legal system. First, vague laws do not provide "fair warning" to individuals as to the legality of their actions, making it more difficult to comply with the law. Second, vague laws increase the amount of discretion given to law enforcement officials in their application of the law, which may lead to arbitrary enforcement (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("Prostitution Reference"), at p. 1152; see also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 44-48 to 44-50).

178 The test for finding unconstitutional vagueness was first articulated by Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 639-40:

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion. Such a provision is not intelligible, to use the terminology of previous decisions of this Court, and therefore it fails to give sufficient indications that could fuel a legal debate. It offers no grasp to the judiciary. [Emphasis added.]

fait, suffit pour qu'il y ait atteinte au droit de l'enfant à la sécurité de sa personne. Dans l'arrêt *Ogg-Moss*, précité, p. 187, la Cour fait remarquer (quoique ce ne soit pas dans le contexte de la *Charte*) que l'art. 43 entraîne une « restriction [du] droit [de l'enfant] à la dignité et à la sécurité physique ». Je tiendrais donc pour acquis que l'art. 43 porte atteinte au droit de l'enfant à la sécurité de sa personne. Il faut alors se demander si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale.

L'appelante fait valoir que la règle de la nullité pour cause d'imprécision s'applique à l'art. 43. Je suis d'accord. Une règle de droit imprécise viole les principes de justice fondamentale du fait qu'elle heurte deux valeurs fondamentales de notre système de justice. Premièrement, une règle de droit imprécise ne donne pas au citoyen un « avertissement raisonnable » quant à la légalité de ses actes, de sorte qu'il lui est plus difficile d'observer la loi. Deuxièmement, une règle de droit imprécise accroît le pouvoir discrétionnaire des responsables de son application, ce qui peut donner lieu à des mesures arbitraires (*Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (« *Renvoi sur la prostitution* »), p. 1152; voir également P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 44-48 à 44-50).

Le critère permettant de conclure à l'imprécision inconstitutionnelle a été établi par le juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 639-640 :

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. [Je souligne.]

This test is well known, often cited, and is generally perceived as setting the bar high before a finding of vagueness can be asserted.

The doctrine of vagueness does not “require that a law be absolutely certain; no law can meet that standard” (*Prostitution Reference, supra*, at p. 1156). However, while discretion is inevitable, a law will be too vague if “the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances” (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, *per* Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ., at p. 983, albeit within s. 1).

In the *Prostitution Reference, supra*, at p. 1157, Lamer J. (as he then was) expressly relied on the dictum of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, at p. 173, that

the void for vagueness doctrine is not to be applied to the bare words of the statutory provision but, rather, to the provision as interpreted and applied in judicial decisions. [Emphasis added.]

According to Lamer J. the question was

whether the impugned sections of the *Criminal Code* can be or have been given sensible meanings by the courts. In other words is the statute so pervasively vague that it permits a “standardless sweep” allowing law enforcement officials to pursue their personal predilections?

In my view, the case law speaks for itself with respect to whether s. 43 delineates the appropriate boundaries of legal debate. It is wholly unpersuasive for this Court to declare today what the law is *de novo* and to assert that this now frames the legal debate: i.e., anything outside the framework was simply wrongly decided! This approach robs the test in *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*, of any usefulness. There is no need to speculate about whether s. 43 is capable, in theory, of circumscribing an acceptable level of debate about the scope of its application. It demonstrably has not succeeded in

Ce critère est bien connu, souvent cité et généralement perçu comme assujettissant à des conditions rigoureuses la possibilité de conclure qu'une disposition est imprécise.

La règle de la nullité pour cause d'imprécision « n'exige pas qu'une loi soit d'une certitude absolue; aucune loi ne peut l'être » (*Renvoi sur la prostitution*, précité, p. 1156). Cependant, bien que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire soit inévitable, une règle de droit sera trop imprécise si « le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas » (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, p. 983, bien qu'ils se soient prononcés dans le contexte de l'article premier).

179

Dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, p. 1157, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) s'est expressément fondé sur l'opinion incidente de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, p. 173, selon laquelle

180

[TRADUCTION] la théorie de la nullité pour cause d'imprécision ne doit pas être appliquée au simple libellé de la disposition législative, mais à la disposition elle-même telle qu'elle a été interprétée et appliquée par les tribunaux. [Je souligne.]

Selon le juge Lamer, la question était

de savoir si les tribunaux peuvent ou ont pu donner un sens raisonnable aux dispositions contestées du *Code criminel*. Autrement dit, la loi est-elle tellement imprécise qu'elle laisse une « large place à l'arbitraire » en permettant aux responsables de son application de faire prévaloir leurs préférences personnelles?

181

À mon avis, la jurisprudence est éloquente pour ce qui est de savoir si l'art. 43 circonscrit convenablement le débat judiciaire. La Cour serait mal avisée de donner aujourd'hui une nouvelle interprétation de la règle de droit et d'affirmer que cette interprétation doit désormais servir de cadre de référence au débat judiciaire, en ce sens que toute décision débordant de ce cadre est tout simplement erronée! Cette approche fait perdre toute utilité au critère de l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité. Il n'est pas nécessaire de se demander si, en théorie, l'art. 43 est susceptible de circonscrire

doing so. Canadian courts have been unable to articulate a legal framework for s. 43 despite attempts to establish guidelines. It is important to note that all of the troubling results in the cases listed above were decided after judicial guidance in *Ogg-Moss, supra*, and *Dupperon, supra*, had been delivered.

- 182 Judges themselves have often referred to the lack of consensus in this area of the law, with Weagant Prov. J. in *James, supra*, at para. 8, for instance, noting:

Exactly what is needed to establish, or what legal test demonstrates that the force exceeds what is reasonable, is a matter of some variance across this nation. For some trial courts, the act speaks for itself, especially if there is bodily harm or an injury which may endanger life, limbs or health (*R. v. Dupperon* (1985), 16 C.C.C. (3d) 453 (Sask. C.A.)). Other courts pay lip service to the necessity of having a view to community standards, although just how that is established through evidence remains unclear (*R. v. Halcrow* (1993), 80 C.C.C. (3d) 320 ([B.C.] C.A.): the Appeal Court noted that the defendant had called no evidence suggesting the treatment of the foster children was in accordance with community standards, a burden our Court of Appeal has decided falls upon the Crown). Other trial courts have rejected the notion that a judge can take notice of community standards (*R. v. Myers*, [1995] P.E.I.J. No. 180, P.E.I. Prov. Ct., November 27, 1995, *per* Thompson, P.C.J.). Yet another trial court says it is the trier of fact's responsibility to reflect community standards, as a jury would (*R. v. R.S.D.*, [1995] O.J. No. 3341, Ontario Prov. Ct., October 30, 1995, *per* Megginson, P.J.O.). And still another court was of the view that section 43 does not deal with the concept of a community standard of tolerance at all (*R. v. Peterson*, [1995] O.J. No. 1366, Ontario Prov. Ct., April 26, 1995, *per* Menzies, P.J.O.).

That judges have been at a loss to appreciate the "reasonableness" referred to by Parliament is not surprising and yet is not endemic to the notion of reasonableness.

dans une mesure acceptable le débat concernant son champ d'application. Il ne le fait manifestement pas. Malgré leurs tentatives d'établir des lignes directrices, les tribunaux canadiens ont été incapables de définir un cadre juridique pour l'art. 43. Il importe de signaler que toutes les décisions préoccupantes rendues dans les affaires énumérées précédemment sont postérieures aux arrêts *Ogg-Moss* et *Dupperon*, précités.

Les juges eux-mêmes ont souvent fait état de l'absence de consensus dans ce domaine du droit. Par exemple, dans la décision *James*, précitée, par. 8, le juge Weagant formule l'observation suivante :

[TRADUCTION] Ce qu'il faut établir exactement, ou la question de savoir quel critère juridique permet de démontrer que la force employée dépasse ce qui est raisonnable, varie quelque peu d'une région à l'autre du pays. Pour certains tribunaux de première instance, la loi est éloquente, particulièrement lorsque des lésions corporelles ou des blessures susceptibles de constituer un risque pour la vie, l'intégrité physique ou la santé sont infligées (*R. c. Dupperon* (1985), 16 C.C.C. (3d) 453 (C.A. Sask.)). D'autres tribunaux se disent en principe favorables à la nécessité de tenir compte des normes sociales, quoique la manière exacte d'en faire la preuve demeure obscure (*R. c. Halcrow* (1993), 80 C.C.C. (3d) 320 (C.A.[C.-B.J.]) : la Cour d'appel a souligné que la défenderesse n'avait soumis aucun élément de preuve indiquant que le traitement des enfants placés en famille d'accueil était conforme aux normes sociales, laquelle charge de preuve incombe au ministère public, selon notre Cour d'appel). D'autres tribunaux de première instance ont rejeté l'idée qu'un juge puisse prendre connaissance d'office des normes sociales (*R. c. Myers*, [1995] P.E.I.J. No. 180, C. prov. I.-P.-É., 27 novembre 1995, le juge Thompson). Pourtant un autre tribunal de première instance affirme qu'il appartient au juge des faits de tenir compte des normes sociales comme le ferait un jury (*R. c. R.S.D.*, [1995] O.J. No. 3341, C. prov. Ont., 30 octobre 1995, le juge Megginson). Un autre encore a exprimé l'avis que l'art. 43 n'a absolument rien à voir avec le concept de norme sociale de tolérance (*R. c. Peterson*, [1995] O.J. No. 1366, C. prov. Ont., 26 avril 1995, le juge Menzies).

L'incapacité des juges d'apprécier le « caractère raisonnable » mentionné par le législateur n'est pas étonnante, mais elle n'est pas spécifique à la notion du caractère raisonnable.

"Reasonableness" with respect to s. 43 is linked to public policy issues and one's own sense of parental authority. "Reasonableness" will always entail an element of subjectivity. As McCombs J. recognized in the case at bar, "[b]ecause the notion of reasonableness varies with the beholder, it is perhaps not surprising that some of the judicial decisions applying s. 43 to excuse otherwise criminal assault appear to some to be inconsistent and unreasonable" ((2000), 49 O.R. (3d) 662, at para. 4). It is clear, however, that the concept of reasonableness, so widely used in the law generally, and in the criminal law in particular, is not in and of itself unconstitutionally vague. "Reasonableness" functions as an intelligible standard in many other criminal law contexts. This Court has been clear that constitutional analysis must always be contextual (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 6). Accordingly, whether a given phrase is unconstitutionally vague must also vary with context.

Other instances of the words "reasonable under the circumstances" may not be overly vague because they occur in contexts in which the factors for assessing reasonableness are clear and commensurable. Some general agreement as to the standard against which to measure the "reasonableness" of conduct will assist in providing sufficient clarity to a standard of "reasonableness". For example, reasonable force in self-defence can be measured for proportionality against the assault for which one is defending oneself. Similarly, it is possible to frame a legal debate about the proper boundaries of the use of reasonable force in performing an arrest (see *Asante-Mensah, supra, per* Binnie J., at paras. 51-59). This is not so in the case of corporal punishment of children, where there is no built-in commensurability between physical punishment and bad behaviour that can be used to assess proportionality. Indeed the Chief Justice concludes, at para. 35, that the gravity of the child's conduct is not a "relevant contextual

Le « caractère raisonnable », en ce qui concerne l'art. 43, est lié à des questions d'ordre public et à la perception que chacun a de l'autorité parentale. Le « caractère raisonnable » comporte toujours un aspect subjectif. Comme le juge McCombs l'a reconnu en l'espèce, [TRADUCTION] « [d]u fait que la notion du caractère raisonnable varie d'une personne à l'autre, il n'est peut-être pas étonnant que d'aucuns trouvent incohérentes et déraisonnables certaines décisions où les tribunaux appliquent l'art. 43 pour excuser un comportement qui constituerait par ailleurs des voies de fait criminelles » ((2000), 49 O.R. (3d) 662, par. 4). Cependant, il est clair que la notion du caractère raisonnable, si répandue dans le droit en général et dans le droit criminel en particulier, n'est pas en soi constitutionnellement imprécise. Le « caractère raisonnable » est une norme intelligible dans de nombreux autres contextes de droit criminel. La Cour a clairement affirmé que l'analyse constitutionnelle doit toujours être contextuelle (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 6). Par conséquent, il faut également tenir compte du contexte pour décider si une expression donnée est constitutionnellement imprécise.

183

Dans d'autres cas, l'expression « raisonnable dans les circonstances » peut ne pas être trop imprécise parce qu'elle est utilisée dans un contexte où les éléments d'appréciation du caractère raisonnable sont clairs et commensurables. Un consensus quant à la norme applicable pour apprécier le « caractère raisonnable » d'un comportement sera utile pour dégager une norme du « caractère raisonnable » suffisamment claire. Par exemple, il est possible de déterminer si la force raisonnable employée pour se défendre est proportionnelle aux voies de fait infligées. De même, il est possible de circonscrire un débat judiciaire concernant la question de savoir jusqu'où peut aller la force raisonnable employée pour effectuer une arrestation (voir l'arrêt *Asante-Mensah*, précité, le juge Binnie, par. 51-59). Tel n'est pas le cas du châtiment corporel infligé à un enfant, où, en raison de l'absence d'éléments de comparaison intrinsèques, il n'est pas possible de déterminer si le châtiment infligé est proportionnel au comportement fautif. En fait, la Juge en chef

184

consideration” as it invites a punitive, rather than a corrective focus.

185 Corporal punishment is a controversial social issue. Conceptions of what is “reasonable” in terms of the discipline of children, whether physical or otherwise, vary widely, and often engage cultural and religious beliefs as well as political and ethical ones. Such conceptions are intertwined with how other controversial issues are understood, including the relationship between the state and the family and the relationship between the rights of the parent and the rights of the child. Whether a person considers an instance of child corporal punishment “reasonable” may depend in large part on his or her own parenting style and experiences. While it may work well in other contexts, in this one the term “reasonable force” has proven not to be a workable standard. Lack of clarity is particularly problematic here because the rights of children are engaged. This Court has confirmed that children are a particularly vulnerable group in society (*Sharpe, supra*, at para. 169, and *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, at para. 73). Vagueness in defining the terms of a defence which affects the physical integrity of children may be even more invidious than is vagueness in defining an offence or a defence in another context, and may therefore call for a stricter standard.

186 Canada’s international obligations with respect to the rights of the child must also inform the degree of protection that children are entitled to under s. 7 of the *Charter*. As the Chief Justice notes (at para. 32), Canada is a party to both the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47. The Chief Justice has referred, at para. 33, to the *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, UN GAOR, Fiftieth Session, Supp. No. 40 (A/50/40) (1995), with respect to corporal punishment of

conclut, au par. 35, que la gravité du comportement de l’enfant ne constitue pas une « considération contextuelle pertinente » puisqu’elle incite davantage à punir qu’à corriger.

Le châtiment corporel est un sujet controversé dans notre société. Les conceptions de ce qui est « raisonnable » en matière de châtiment corporel ou autre d’un enfant varient énormément et mettent souvent en jeu des convictions culturelles et religieuses, aussi bien que politiques et morales. Ces conceptions sont étroitement liées à la compréhension que l’on a d’autres sujets controversés tels les rapports entre l’État et la famille et entre les droits des parents et ceux de l’enfant. Le fait qu’une personne juge « raisonnable » ou non le châtiment corporel infligé à un enfant peut dépendre en grande partie de sa façon d’éduquer les enfants et de son expérience en la matière. Aussi utile qu’elle puisse être dans d’autres contextes, la norme de la « force raisonnable » s’est révélée inapplicable dans le contexte qui nous occupe. Le manque de clarté est particulièrement problématique en l’espèce du fait que les droits des enfants sont en jeu. La Cour a confirmé que les enfants forment un groupe particulièrement vulnérable dans la société (*Sharpe*, précité, par. 169, et *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 73). L’imprécision des conditions d’application d’un moyen de défense qui a une incidence sur l’intégrité physique des enfants peut être encore plus injuste que la définition imprécise d’une infraction ou d’un moyen de défense dans un autre contexte et commander, de ce fait, l’application d’une norme plus stricte.

Pour déterminer la protection à laquelle les enfants ont droit en vertu de l’art. 7 de la *Charte*, il faut également tenir compte des obligations internationales du Canada en matière de droits des enfants. Comme le fait observer la Juge en chef (par. 32), le Canada est signataire de la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, adoptée par les Nations Unies, et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47. Au sujet des châtiments corporels infligés aux enfants dans les écoles, la Juge en chef renvoie, au par. 33, au *Rapport du Comité des droits*

children in schools. I would also make reference to the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child. Article 43(1) of the *Convention on the Rights of the Child* establishes a Committee on the Rights of the Child “[f]or the purpose of examining the progress made by State Parties in achieving the realization of the obligations undertaken” in the Convention. The Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, which has a legal provision similar to s. 43 dealing with reasonable chastisement within the family, state:

The imprecise nature of the expression of reasonable chastisement as contained in these legal provisions may pave the way for it to be interpreted in a subjective and arbitrary manner. Thus, the . . . legislative and other measures relating to the physical integrity of children do not appear to be compatible with the provisions and principles of the Convention. [Emphasis added.]

(Committee on the Rights of the Child, *Report adopted by the Committee at its 209th meeting on 27 January 1995*, Eighth Session, CRC/C/38, at para. 218)

The Committee has identified the vagueness inherent in provisions such as s. 43 in this and other Concluding Observations.

It is notable that the Committee has not recommended clarifying these laws so much as abolishing them entirely. The Chief Justice notes, at para. 33, that neither the *Convention on the Rights of the Child* nor the *International Covenant on Civil and Political Rights* “require state parties to ban all corporal punishment of children”. However, the Committee’s Concluding Observations on Canada’s First Report are illustrative:

[P]enal legislation allowing corporal punishment of children by parents, in schools and in institutions where children may be placed [, should be considered for review]. In this regard . . . physical punishment of children in families [should] be prohibited. In connection with the child’s right to physical integrity . . . and in the light of the best interests of the child, . . . the possibility of

de l’homme, vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquantième session, suppl. n° 40 (A/50/40) (1995). Je renverrais également aux observations finales du Comité des droits de l’enfant. Le paragraphe 43(1) de la *Convention relative aux droits de l’enfant* crée un Comité des droits de l’enfant « [a]ux fins d’examiner les progrès accomplis par les États parties dans l’exécution des obligations contractées » dans la Convention. On peut lire ceci dans les observations finales du Comité des droits de l’enfant relatives au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord, qui comportent une disposition semblable à l’art. 43 en ce qui concerne les corrections raisonnables qui peuvent être infligées à des enfants au sein de la famille :

Compte tenu de son caractère imprécis, l’expression corrections raisonnables qui figure dans ces dispositions risque d’être interprétée de manière subjective et arbitraire. . . . ainsi . . . les mesures législatives et autres relatives à l’intégrité physique des enfants ne semblent pas compatibles avec les dispositions et les principes de la Convention. [Je souligne.]

(Comité des droits de l’enfant, *Rapport adopté par le Comité à sa 209ème séance, le 27 janvier 1995*, Huitième session, CRC/C/38, par. 218)

Dans ces observations finales notamment, le Comité mentionne l’imprécision inhérente à une disposition comme l’art. 43.

On constate que le Comité ne recommande pas tant de clarifier ces règles de droit que de les abolir complètement. La Juge en chef souligne, au par. 33, que ni la *Convention relative aux droits de l’enfant* ni le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* « n’exige[nt] . . . [d]es États parties [qu’ils] interdisent toute infliction d’un châtiment corporel à un enfant ». Toutefois, les observations finales du Comité concernant le premier rapport du Canada illustrent bien la question :

[Il y a lieu] d’étudier la possibilité de réviser la législation pénale qui autorise l’administration de châtiments corporels aux enfants par leurs parents, dans les écoles et les établissements de placement. À cet égard, [il y a lieu] d’interdire aux familles d’appliquer des châtiments corporels aux enfants. Compte tenu du droit de l’enfant à la préservation de son intégrité physique . . . et du principe

introducing new legislation and follow-up mechanisms to prevent violence within the family [should be considered], and . . . educational campaigns [should] be launched with a view to changing attitudes in society on the use of physical punishment in the family and fostering the acceptance of its legal prohibition. [Emphasis added.]

(Committee on the Rights of the Child, *Report adopted by the Committee at its 233rd meeting on 9 June 1995*, Ninth Session, CRC/C/43, at para. 93)

- 188 In its most recent Concluding Observations, the Committee expressed “deep concern” that Canada had taken “no action to remove section 43 of the Criminal Code” and recommended the adoption of

legislation to remove the existing authorization of the use of “reasonable force” in disciplining children and explicitly prohibit all forms of violence against children, however light, within the family, in schools and in other institutions where children may be placed.

(Committee on the Rights of the Child, *Consideration of Reports Submitted by State Parties Under Article 44 of the Convention*, Thirty-fourth Session, CRC/C/15/Add. 215 (2003), at paras. 32-33)

- 189 I doubt that it can be said, on the basis of the existing record, that the justification of corporal punishment of children when the force used is “reasonable under the circumstances” gives adequate notice to parents and teachers as to what is and is not permissible in a criminal context. Furthermore, it neither adequately guides the decision-making power of law enforcers nor delineates, in an acceptable fashion, the boundaries of legal debate. The Chief Justice rearticulates the s. 43 defence as the delineation of a “risk zone for criminal sanction” (para. 18). I do not disagree with such a formulation of the vagueness doctrine in this context. Still, on this record, the “risk zone” for victims and offenders alike has been a moving target.

de l’intérêt supérieur de l’enfant, [il y a lieu] d’envisager la possibilité d’adopter de nouvelles lois et des mécanismes de suivi à l’effet de prévenir la violence au sein de la famille et de lancer des campagnes d’information ayant pour but de modifier les attitudes sociales relatives au recours aux châtiments corporels au sein de la famille et de faire accepter leur interdiction. [Je souligne.]

(Comité des droits de l’enfant, *Rapport adopté par le Comité à sa 233ème séance, le 9 juin 1995*, Neuvième session, CRC/C/43, par. 93)

Dans ses plus récentes observations finales, le Comité a noté « avec une profonde préoccupation » que le Canada n’a pris « aucune mesure pour abroger l’article 43 du Code [criminel] » et lui a recommandé d’adopter

des textes à l’effet de lever l’autorisation qui existe actuellement de faire usage d’une « force raisonnable » à l’encontre des enfants pour les discipliner et d’interdire expressément toute forme de violence, même modérée, sur la personne d’enfants au sein de la famille, dans les écoles et dans tous les établissements de placement.

(Comité des droits de l’enfant, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l’article 44 de la Convention*, Trente-quatrième session, CRC/C/15/Add.215 (2003), par. 32-33)

Je doute que l’on puisse prétendre, à partir du dossier existant, que l’autorisation d’infliger un châtiment corporel à un enfant lorsque la force employée est « raisonnable dans les circonstances » informe suffisamment les parents et instituteurs de ce qui est acceptable et de ce qui ne l’est pas dans un contexte de droit criminel. En outre, elle ne donne aucune indication suffisante concernant le pouvoir décisionnel des responsables de l’application de la loi et ne circonscrit pas de manière acceptable le débat judiciaire. La Juge en chef reformule le moyen de défense prévu à l’art. 43 comme délimitant une « sphère à l’intérieur de laquelle il existe un risque de sanctions pénales » (par. 18). Je ne suis pas en désaccord avec une telle formulation de la règle de la nullité pour cause d’imprécision dans le présent contexte. Cependant, il ressort du présent dossier que la « sphère de risque », autant pour les victimes que pour les délinquants, n’a jamais été adéquatement délimitée.

In the Chief Justice's reasons, it is useful to note how much work must go into making the provision constitutionally sound and sufficiently precise: (1) the word "child" must be construed as including children only over age 2 and younger than teenage years; (2) parts of the body must be excluded; (3) implements must be prohibited; (4) the nature of the offence calling for correction is deemed not a relevant contextual consideration; (5) teachers are prohibited from utilizing corporal punishment; and (6) the use of force that causes injury that is neither transient nor trifling (assault causing bodily harm) is prohibited (it seems even if the force is used by way of restraint). At some point, in an effort to give sufficient precision to provide notice and constrain discretion in enforcement, mere interpretation ends and an entirely new provision is drafted. As this Court concluded in *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 803:

The changes which would be required to make s. 179(1)(b) [here, s. 43] constitutional would not constitute reading down or reading in; rather, they would amount to judicial rewriting of the legislation. [Emphasis added.]

The restrictions put forth by the Chief Justice with respect to the scope of the defence have not emerged from the existing case law. These restrictions are far from self-evident and would not have been anticipated by many parents, teachers or enforcement officials.

In my view, we cannot cure vagueness from the top down by declaring that a proper legal debate has taken place and that anything outside its boundaries is simply wrong and must be discarded. Too many people have been engaged in attempting to define the boundaries of that very debate for years in Canadian courtrooms to simply dismiss their conclusions because they do not conform with a norm that was never apparent to anyone until now. As demonstrated earlier, s. 43 has been subject to considerable disparity in application, some courts justifying conduct that other courts have found wholly

Dans les motifs de la Juge en chef, l'on constate à quel point il est laborieux de rendre la disposition constitutionnelle et suffisamment précise : (1) le mot « enfant » ne doit s'entendre que d'un enfant de plus de 2 ans qui n'est pas rendu à l'adolescence, (2) certaines parties du corps doivent être exclues, (3) l'utilisation d'un objet doit être interdite, (4) la nature de la faute à l'origine de la correction infligée n'est pas réputée constituer une considération contextuelle pertinente, (5) les instituteurs ne peuvent infliger un châtiment corporel, et (6) l'emploi d'une force causant une blessure qui n'est ni passagère ni sans importance (voies de fait causant des lésions corporelles) est interdit (même dans le cas, semble-t-il, où la force est employée pour retenir un enfant). À un moment donné, en tentant d'apporter assez de précisions pour informer les intéressés et circonscrire l'exercice du pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi, on ne se contente plus d'interpréter et on rédige alors une disposition entièrement nouvelle. Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803 :

Les modifications nécessaires pour rendre l'al. 179(1)b) [en l'espèce l'art. 43] constitutionnel ne constitueraient pas une interprétation large ou une interprétation atténuée; elles équivaudraient plutôt à une réécriture du texte législatif par le tribunal. [Je souligne.]

Les restrictions auxquelles la Juge en chef assujettit la portée du moyen de défense ne ressortent pas de la jurisprudence existante. Ces restrictions sont loin d'être évidentes et n'auraient pas été prévues par bien des parents, instituteurs ou responsables de l'application de la loi.

J'estime qu'il n'est pas possible de remédier complètement à l'imprécision de la disposition en déclarant que le débat judiciaire qui s'imposait a eu lieu et que tout ce qui le déborde est simplement erroné et doit être écarté. Trop de personnes ont tenté, pendant des années, de circonscrire ce débat devant les tribunaux canadiens, pour qu'il soit possible de rejeter leurs conclusions simplement parce qu'elles ne sont pas conformes à une norme qui, jusqu'à maintenant, n'a jamais été évidente pour personne. Comme nous l'avons vu, l'art. 43 a été appliqué de nombreuses manières différentes, certains

unreasonable, despite valiant efforts by the lower courts to give intelligible content to the provision. Attempts at judicial interpretation which would structure the discretion in s. 43 have, in my opinion, failed to provide coherent or cogent guidelines that would meet the standard of notice and specificity generally required in the criminal law. Thus, despite the efforts of judges, some of whom have openly expressed their frustration with what has been described as “no clear test” and a “legal lottery” in the criminal law (McGillivray, “He’ll learn it on his body”: *Disciplining childhood in Canadian law*, *supra*, at p. 228; *James, supra, per Weagant Prov. J.*, at paras. 11-12), the ambit of the justification remains about as unclear as when it was first codified in 1892. As Lamer C.J. stated in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at p. 729:

A standardless sweep does not become acceptable simply because it results from the whims of judges and justices of the peace rather than the whims of law enforcement officials. Cloaking whims in judicial robes is not sufficient to satisfy the principles of fundamental justice.

This would not only raise the already high bar set in *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra*; it would essentially make it unreachable.

- 192 As a result, I find that the phrase “reasonable under the circumstances” in s. 43 of the *Code* violates children’s security of the person interest and that the deprivation is not in accordance with the relevant principle of fundamental justice, in that it is unconstitutionally vague.

(3) Section 1

- 193 In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 94-95, Sopinka J. held:

Vagueness can have constitutional significance in at least two ways in a s. 1 analysis. A law may be so uncertain as to be incapable of being interpreted so as

tribunaux considérant justifié un comportement que d’autres ont jugé totalement déraisonnable, malgré les valeureux efforts déployés par les tribunaux inférieurs pour donner un contenu intelligible à la disposition. Les tentatives des tribunaux d’interpréter l’art. 43 de manière à encadrer le pouvoir discrétionnaire qui y est conféré n’ont pas permis, selon moi, de dégager des lignes directrices cohérentes et solides satisfaisant à la norme d’avertissement et de précision généralement prescrite en droit criminel. Ainsi, malgré les efforts des juges — dont certains ont exprimé ouvertement leur frustration face à ce qu’ils ont qualifié d’ [TRADUCTION] « absence de critère clair » et de « loterie juridique » en droit criminel (McGillivray, « He’ll learn it on his body »: *Disciplining childhood in Canadian law* », *loc. cit.*, p. 228; *James*, précité, le juge Weagant, par. 11-12) —, la portée de la justification demeure presque aussi ambiguë que lorsqu’elle a été codifiée en 1892. Dans l’arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 729, le juge en chef Lamer affirme :

Laisser une large place à l’arbitraire ne devient pas acceptable simplement parce qu’il s’agit des caprices de juges et de juges de paix plutôt que de ceux de responsables de l’application de la loi. Il ne suffit pas de revêtir le caprice d’une toge de juge pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.

Cela contribuerait non seulement à resserrer davantage le critère déjà exigeant fixé dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, mais encore à le rendre impossible à respecter.

Je suis donc d’avis que l’expression « raisonnable dans les circonstances », employée à l’art. 43 du *Code*, porte atteinte au droit de l’enfant à la sécurité de sa personne et que cette atteinte n’est pas conforme au principe de justice fondamentale applicable, en raison de l’imprécision inconstitutionnelle de l’expression en cause.

(3) Article premier

Dans l’arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94-95, le juge Sopinka statue ceci :

Or, il existe au moins deux façons dont l’imprécision peut prendre une importance constitutionnelle dans une analyse fondée sur l’article premier. Tout d’abord, une

to constitute any restraint on governmental power. The uncertainty may arise either from the generality of the discretion conferred on the donee of the power or from the use of language that is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools. In these circumstances, there is no “limit prescribed by law” and no s. 1 analysis is necessary as the threshold requirement for its application is not met. The second way in which vagueness can play a constitutional role is in the analysis of s. 1. A law which passes the threshold test may, nevertheless, by reason of its imprecision, not qualify as a reasonable limit. Generality and imprecision of language may fail to confine the invasion of a *Charter* right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth.

The requirement that a limit be prescribed by law also calls for fair notice to the citizen and limitations on the discretion of enforcement officials (*Nova Scotia Pharmaceutical, supra*). Because I have found that s. 43 is unconstitutionally vague, it cannot pass the “prescribed by law” or minimal impairment stage of the *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, analysis, and accordingly, cannot be saved under s. 1.

(4) Remedy

I am of the view that striking down s. 43 for vagueness is the most appropriate remedy in the case at bar. Parliament is best equipped to reconsider this vague and controversial provision. The legislature should have a chance to consider the issues in light of the *Charter*, current social norms and all of the evidence. While the record of expert testimony in this litigation is voluminous, the court process is necessarily adversarial and does not cover all of the interests that one would expect to be heard in a legislative debate, committee hearings or in the public at large. Yet parliamentary intervention may prove unnecessary.

loi peut présenter une telle indétermination qu'il est impossible de l'interpréter comme limitant de quelque manière le pouvoir du gouvernement. Cette indétermination peut procéder soit du caractère général du pouvoir discrétionnaire accordé au détenteur de ce pouvoir, soit de l'emploi d'un langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moindrement exacte. Dans de telles circonstances, il n'existe pas de restriction prescrite par une règle de droit et point n'est alors besoin de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, car la condition préliminaire de son application n'est pas remplie. La seconde façon dont l'imprécision peut jouer un rôle constitutionnel est dans l'analyse de l'article premier. Une loi qui satisfait au critère préliminaire peut néanmoins, pour cause d'imprécision, ne pas constituer une restriction raisonnable. Il se peut en effet que la généralité d'une disposition ainsi que l'imprécision de ses termes fassent que l'atteinte portée à un droit garanti par la *Charte* ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive.

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit commande également que le citoyen soit raisonnablement averti et que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi soit limité (*Nova Scotia Pharmaceutical*, précité). Vu ma conclusion qu'il est inconstitutionnellement imprécis, l'art. 43 ne peut franchir l'étape de la restriction « prescrite par une règle de droit » ou de l'atteinte minimale que comporte l'analyse prescrite dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et ne peut donc pas être sauvagardé en application de l'article premier.

(4) Réparation

J'estime que l'invalidation de l'art. 43 pour cause d'imprécision est la réparation la plus convenable en l'espèce. C'est le législateur qui est le mieux en mesure de revoir cette disposition imprécise et controversée. Il doit avoir la possibilité d'examiner les questions en litige à la lumière de la *Charte*, des normes sociales actuelles et de l'ensemble de la preuve. Malgré l'ampleur du dossier de la preuve d'expert en l'espèce, le processus judiciaire est nécessairement contradictoire et ne tient pas compte de tous les intérêts qui sont censés être représentés dans le cadre d'un débat législatif ou des audiences d'un comité, ou encore au sein du public en général. Il se peut néanmoins que l'intervention du législateur ne soit pas nécessaire.

195 It is useful to put the potential effect of striking down s. 43 of the *Code* into context. Some are concerned that striking down s. 43 will expose parents and persons standing in the place of parents to the blunt instrument of the criminal law for every minor instance of technical assault. Indeed the respondent and the Chief Justice raise (at paras. 59-61) the spectre of criminal culpability on parents for trivial and insignificant uses of force if s. 43 is repealed. While it is true that Canada's broad assault laws could be resorted to in order to incriminate parents and/or teachers for using force that falls short of corporal punishment, I am of the view that the common law defences of necessity and *de minimis* adequately protect parents and teachers from excusable and/or trivial conduct.

Il est utile de situer dans son contexte l'effet qu'est susceptible d'avoir l'invalidation de l'art. 43 du *Code*. Certains craignent qu'elle n'expose les parents et les personnes qui les remplacent à l'application systématique du droit criminel pour le moindre geste qui constitue, strictement parlant, des voies de fait. En fait, selon l'intimé et la Juge en chef (par. 59-61), les parents qui emploient une force négligeable et insignifiante s'exposeront à des accusations criminelles si l'art. 43 est abrogé. Il serait certes possible de recourir aux dispositions canadiennes générales en matière de voies de fait pour porter des accusations contre les parents ou instituteurs qui ont employé la force sans aller jusqu'à infliger un châtiment corporel. Toutefois, j'estime que les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et le principe *de minimis* protègent suffisamment ceux et celles, parmi eux, qui adoptent un comportement excusable ou anodin.

(5) *The Defence of Necessity*

196 The common law defence of necessity operates by virtue of s. 8(3) of the *Code* (see also *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616). The defence "rests upon a realistic assessment of human weaknesses and recognizes that there are emergency situations where the law does not hold people accountable if the ordinary human instincts overwhelmingly impel disobedience in the pursuit of either self-preservation or the preservation of others" (*Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 531). In 1984, the common law defence of necessity was clearly recognized by this Court in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

197 In *R. v. Manning* (1994), 31 C.R. (4th) 54 (B.C. Prov. Ct.), at para. 23, the court rearticulated the elements of the defence of necessity as set out in *Perka, supra*. It stated that the defence of necessity is an excuse rather than a justification and that the moral involuntariness of the wrong action is a criterion. The involuntariness of the action should be measured against society's expectation of appropriate and normal resistance to pressure. That the accused has been involved in criminal or immoral activity or has been negligent does not disentitle him or her to the defence. Actions or circumstances that indicate that

(5) *Le moyen de défense fondé sur la nécessité*

La nécessité comme moyen de défense est opposable en vertu du par. 8(3) du *Code* (voir également l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616). Ce moyen de défense [TRADUCTION] « repose sur une constatation réaliste de la faiblesse humaine et reconnaît que, dans certaines situations urgentes, la loi ne tient pas les gens responsables lorsque leur instinct normal les pousse à l'enfreindre pour se protéger eux-mêmes ou pour protéger autrui » (*Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), p. 531). En 1984, la Cour a clairement reconnu le moyen de défense de common law fondé sur la nécessité dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Dans l'affaire *R. c. Manning* (1994), 31 C.R. (4th) 54, par. 23, la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a reformulé les éléments du moyen de défense fondé sur la nécessité qui avaient été énoncés dans l'arrêt *Perka*, précité. Elle a dit que la nécessité comme moyen de défense tient davantage de l'excuse que de la justification et qu'un critère applicable est le caractère involontaire du point de vue moral de l'acte répréhensible. Le caractère involontaire de l'acte doit être évalué en fonction de ce que la société considère comme une résistance appropriée et normale à la pression. Le fait

the offence was not truly involuntary will disentitle the accused from relying on the defence. Similarly, the existence of a reasonable legal alternative will also disentitle the accused. The defence will only apply in circumstances of imminent risk, where the action was taken to avoid direct and immediate peril. Necessity will not excuse the infliction of a greater harm, so as to allow the accused to avert a lesser evil. Finally, where the accused places before the court sufficient evidence to raise the issue, the onus is on the Crown to meet it beyond a reasonable doubt.

I see no reason why, if the above requirements are met, the defence of necessity would not be available to parents and teachers should they intervene to protect children from themselves or others. Other authors have also proposed the use of necessity for parents and teachers should the s. 43 defence be abolished (see McGillivray, “He’ll learn it on his body”: Disciplining childhood in Canadian law”, *supra*, at p. 240, and Stuart, *supra*, at p. 506). In *R. v. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163 (Alta. Q.B.), the defence of necessity succeeded in absolving a husband on a charge of common assault of his wife. The husband had restrained his inebriated wife when she tried to jump out of the truck and grab the steering wheel. The husband honestly and reasonably believed that the intervention was necessary. The judge noted, at p. 166, that:

To have allowed his wife to get out of the truck to walk on a dark road in an intoxicated condition would have shown wanton or reckless disregard for her life or safety and could have constituted criminal negligence on his part.

Because the s. 43 defence only protects parents who apply force for corrective purposes (see *Ogg-Moss*, *supra*, at p. 193), the common law may have to be resorted to in any event in situations where parents forcibly restrain children incapable of learning.

que l’accusé a participé à une activité criminelle ou immorale ou qu’il y a eu négligence de sa part ne l’empêche pas d’invoquer le moyen de défense. Les actes ou les circonstances indiquant que l’infraction n’était pas vraiment involontaire empêchent l’accusé d’invoquer ce moyen de défense. Il en est de même lorsque l’accusé disposait d’une autre solution raisonnable conforme à la loi. Le moyen de défense ne s’applique qu’en cas de risque imminent, lorsque la mesure est prise pour échapper à un danger direct et immédiat. La nécessité ne justifie pas l’infliction d’un préjudice plus grand pour éviter un mal moindre. Enfin, quand l’accusé soumet à la cour une preuve suffisante pour que la question de la nécessité se pose, il appartient alors au ministère public de réfuter hors de tout doute raisonnable cette preuve.

Je ne vois aucune raison d’empêcher le père, la mère ou l’instituteur, qui est intervenu pour empêcher un enfant de se faire du mal ou de se faire faire du mal, d’invoquer la nécessité comme moyen de défense dans le cas où les conditions susmentionnées sont réunies. D’autres auteurs ont également proposé que les parents et instituteurs aient accès au moyen de défense fondé sur la nécessité si jamais le moyen prévu à l’art. 43 est aboli (voir McGillivray, « “He’ll learn it on his body”: Disciplining childhood in Canadian law », *loc. cit.*, p. 240, et Stuart, *op. cit.*, p. 506). Dans l’affaire *R. c. Morris* (1981), 61 C.C.C. (2d) 163 (B.R. Alb.), le moyen de défense fondé sur la nécessité a permis l’acquittement d’un mari accusé de voies de fait simples contre sa femme. Le mari avait retenu son épouse ivre alors qu’elle tentait de sauter hors du camion et de saisir le volant. Il avait cru sincèrement et raisonnablement que l’intervention était nécessaire. Le juge a signalé, à la p. 166 :

[TRADUCTION] S’il avait laissé son épouse intoxiquée descendre du camion et marcher dans un chemin obscur, il aurait fait preuve d’une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de sa vie ou de sa sécurité, ce qui aurait pu constituer de la négligence criminelle de sa part.

Comme le moyen de défense prévu à l’art. 43 protège seulement le père ou la mère qui emploie la force pour infliger une correction (voir l’arrêt *Ogg-Moss*, précité, p. 193), il peut, de toute façon, se révéler nécessaire de recourir à la common law dans

Indeed, even if one understands the law as per the Chief Justice (at paras. 24-25), s. 43 may be of no assistance to parents who apply some degree of force for the purpose of restraint. It is not inconceivable to think of situations where force might be applied to young children for reasons other than education or correction. For example, a 2-year-old child who struggles to cross the street at a red light will have to be forcibly held back and secured against his or her will. In my view, the force being applied to the child is not for the purpose of correction *per se*, but to ensure the child's safety. Similarly, if a parent were to forcibly restrain a child in order to ensure that the child complied with a doctor's instructions to receive a needle, s. 43 would be of no assistance to excuse the use of restraint, but the parent would, in my view, have the common law defence of necessity available to him or her should a charge of assault be pursued. The common law defence of necessity has always been available to parents in appropriate circumstances and would continue to be available if the s. 43 defence were struck down.

(6) *The Defence of De Minimis*

200

The Chief Justice is rightly unwilling to rely exclusively on prosecutorial discretion to weed out cases undeserving of prosecution and punishment. The good judgment of prosecutors in eliminating trivial cases is necessary but not sufficient to the workings of the criminal law. There must be legal protection against convictions for conduct undeserving of punishment. And indeed there is. The judicial system is not plagued by a multitude of insignificant prosecutions for conduct that merely meets the technical requirements of "a crime" (e.g., theft of a penny) because prosecutorial discretion is effective and because the common law defence of *de minimis non curat lex* (the law does not care for small or trifling matters) is available to judges.

201

The application of some force upon another does not always suggest an assault in the criminal sense.

le cas d'un père ou d'une mère qui emploie la force pour retenir un enfant incapable de tirer une leçon de ce qui lui arrive. En réalité, même si l'on l'interprète comme le fait la Juge en chef (par. 24-25), il se peut que l'art. 43 ne soit d'aucun secours au père ou à la mère qui emploie une certaine force pour retenir son enfant. Il n'est pas inconcevable que la force puisse être employée contre un jeune enfant dans un autre but que celui de l'éduquer ou de le corriger. Par exemple, un enfant de 2 ans qui se débat pour traverser la rue au feu rouge doit être retenu de force et protégé contre son gré. Selon moi, la force est employée non pas pour corriger l'enfant, mais pour assurer sa sécurité. De même, l'art. 43 ne permettrait pas d'excuser le père ou la mère qui immobiliserait son enfant pour qu'il reçoive une injection conformément aux directives du médecin, mais le parent en question pourrait, à mon sens, opposer à une accusation de voies de fait le moyen de défense de common law fondé sur la nécessité. Les parents ont toujours eu la possibilité d'invoquer ce moyen de défense de common law dans le cas où cela est indiqué, et ils pourraient continuer de le faire si le moyen de défense prévu à l'art. 43 était invalidé.

(6) *Le moyen de défense fondé sur le principe « de minimis »*

La Juge en chef refuse, à juste titre, de s'en remettre uniquement au pouvoir discrétionnaire de la poursuite pour écarter les affaires ne justifiant pas des poursuites et des sanctions. En matière de droit criminel, le poursuivant doit faire montre de discernement lorsqu'il s'agit d'écarter des affaires sans importance, mais ce n'est pas suffisant. La loi doit empêcher les déclarations de culpabilité relatives à un comportement qui ne mérite pas d'être puni, et c'est ce qu'elle fait. Si le système judiciaire n'est pas confronté à une multitude de poursuites insignifiantes pour des comportements qui ne font que remplir les conditions théoriques nécessaires pour qu'il y ait « crime » (par exemple, le vol d'un sou), c'est grâce à l'efficacité du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et parce que les juges peuvent appliquer le moyen de défense de common law fondé sur le principe *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des petites choses sans importance).

L'emploi d'une certaine force contre autrui n'indique pas toujours l'existence de voies de fait au

“Quite the contrary, there are many examples of incidental touching that cannot be considered criminal conduct” (*R. v. Kormos* (1998), 14 C.R. (5th) 312 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), at para. 34).

The common law concept of *de minimis non curat lex* was expressed in the English decision of *The “Reward”* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482, at p. 1484, in the following manner:

The Court is not bound to a strictness at once harsh and pedantic in the application of statutes. The law permits the qualification implied in the ancient maxim *De minimis non curat lex*. — Where there are irregularities of very slight consequence, it does not intend that the infliction of penalties should be inflexibly severe. If the deviation were a mere trifle, which, if continued in practice, would weigh little or nothing on the public interest, it might properly be overlooked.

Admittedly, the case law on the application of the defence is limited. It may be that the defence of *de minimis* has not been used widely by courts because police and prosecutors screen all criminal charges such that only the deserving cases find their way to court. Nonetheless *de minimis* exists as a common law defence preserved by s. 8(3) of the *Code* and falls within the courts’ discretion (J. Hétu, “Droit judiciaire: De minimis non curat praetor: une maxime qui a toute son importance!” (1990), 50 *R. du B.* 1065, at pp. 1065-76) to apply and develop as it sees fit. In effect, the defence is that there was only a “technical” commission of the *actus reus* and that “the conduct fell within the words of an offence description but was too trivial to fall within the range of wrongs which the description was designed to cover” (E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 100). The defence of *de minimis* does not mean that the act is justified; it remains unlawful, but on account of its triviality it goes unpunished (S. A. Strauss, “Book Review of *South African Criminal Law and Procedure* by E. M. Burchell, J. S. Wylie and P. M. A. Hunt” (1970), 87 *So. Afr. L.J.* 471, at p. 483).

sens du droit criminel. [TRADUCTION] « Bien au contraire, nombreux sont les exemples de contacts accessoires qui ne sauraient être considérés comme des actes criminels » (*R. c. Kormos* (1998), 14 C.R. (5th) 312 (C. Ont. (Div. prov.)), par. 34).

Le concept de common law *de minimis non curat lex* a été formulé de la manière suivante dans la décision anglaise *The “Reward”* (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482, p. 1484 :

[TRADUCTION] La cour n’est pas tenue à une sévérité à la fois dure et pédantesque dans l’application des lois. La loi permet la qualification qui était implicite dans l’ancien adage *De minimis non curat lex*. — En présence d’irrégularités entraînant de très légères conséquences, elle ne vise pas à infliger des peines inéluctablement sévères. Si l’écart est une vétile qui, advenant qu’elle se poursuive, n’aurait que peu ou pas d’incidence sur l’intérêt public, on pourrait légitimement l’ignorer.

Certes, la jurisprudence relative à l’application du moyen de défense est limitée. L’application rare du moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* par les tribunaux peut s’expliquer par le fait que les policiers et les poursuivants passent au crible toutes les accusations criminelles de sorte que seules celles qui le méritent donnent lieu à un procès. Le principe *de minimis* peut, malgré tout, être invoqué en tant que moyen de défense de common law maintenu par le par. 8(3) du *Code*, et il appartient aux tribunaux de l’appliquer et de le développer à leur guise (J. Hétu, « Droit judiciaire : De minimis non curat praetor : une maxime qui a toute son importance! » (1990), 50 *R. du B.* 1065, p. 1065-1076). En fait, ce moyen de défense veut seulement que l’*actus reus* ait été [TRADUCTION] « pour ainsi dire » accompli et que [TRADUCTION] « le comportement en cause correspond à la définition d’une infraction, mais qu’il soit trop anodin pour être compris parmi les actes fautifs que cette définition est censée viser » (E. Colvin, *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991), p. 100). Le moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* ne signifie pas que l’acte en cause est justifié, cet acte reste illégal, mais en raison de son caractère anodin, il ne sera pas puni (S. A. Strauss, « Book Review of *South African Criminal Law and Procedure* par E. M. Burchell, J. S. Wylie et P. M. A. Hunt » (1970), 87 *So. Afr. L.J.* 471, p. 483).

202

203

204

Generally, the justifications for a *de minimis* excuse are that: (1) it reserves the application of the criminal law to serious misconduct; (2) it protects an accused from the stigma of a criminal conviction and from the imposition of severe penalties for relatively trivial conduct; and (3) it saves courts from being swamped by an enormous number of trivial cases (K. R. Hamilton, "De Minimis Non Curat Lex" (December 1991), discussion paper mentioned in the Canadian Bar Association, Criminal Recodification Task Force Report, *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada* (1992), at p. 189). In part, the theory is based on a notion that the evil to be prevented by the offence section has not actually occurred. This is consistent with the dual fundamental principle of criminal justice that there is no culpability for harmless and blameless conduct (see my opinion in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at paras. 234-35 and 244).

205

In Canadian jurisprudence, the defence of *de minimis* has been raised in drug cases that involve a tiny quantity of the drug (*R. v. Overvold* (1972), 9 C.C.C. (2d) 517 (N.W.T. Mag. Ct.), at pp. 519-21; *R. v. S.* (1974), 17 C.C.C. (2d) 181 (Man. Prov. Ct.), at p. 186; and *R. v. McBurney* (1974), 15 C.C.C. (2d) 361 (B.C.S.C.), aff'd (1975), 24 C.C.C. (2d) 44 (B.C.A.)), in theft cases where the value of the stolen property is very low (*R. v. Li* (1984), 16 C.C.C. (3d) 382 (Ont. H.C.), at p. 384), or in assault cases where there is extremely minor or no injury (*R. v. Lepage* (1989), 74 C.R. (3d) 368 (Sask. Q.B.); *R. v. Matsuba* (1993), 137 A.R. 34 (Prov. Ct.); and in *obiter* in *Kormos, supra*; see also: Department of Justice of Canada, *Reforming the General Part of the Criminal Code: A Consultation Paper* (1994), "Trivial violations", at pp. 24-25). Though the case law is somewhat unsatisfactory, the defence has succeeded on several occasions (see Stuart, *supra*, at pp. 594-99) and this Court has expressly left the existence of the defence open (see *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 21, and *R. v. Hinchev*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 69). In discussing the

Les raisons données pour justifier l'excuse « *de minimis* » sont généralement les suivantes : (1) le droit criminel ne doit s'appliquer qu'à l'inconduite grave, (2) l'accusé doit échapper au stigmate d'une déclaration de culpabilité criminelle et à l'infliction d'une peine sévère pour un comportement relativement anodin, et (3) les tribunaux ne doivent pas se retrouver ensevelis sous un nombre considérable de dossiers sans importance (K. R. Hamilton, « *De Minimis Non Curat Lex* » (décembre 1991), document de travail mentionné dans le rapport du groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal de l'Association du Barreau canadien, *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada* (1992), p. 206). Le principe repose en partie sur l'idée que le mal que la disposition créant l'infraction vise à prévenir n'a pas vraiment été fait. Cela est compatible avec le double principe fondamental de justice pénale selon lequel il ne saurait y avoir de culpabilité pour un comportement inoffensif et irrépréhensible (voir mes motifs dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 234-235 et 244).

Dans la jurisprudence canadienne, le moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* a été invoqué dans des affaires de stupéfiants où la quantité de drogue saisie était minime (*R. c. Overvold* (1972), 9 C.C.C. (2d) 517 (C. mag. T.N.-O.), p. 519-521; *R. c. S.* (1974), 17 C.C.C. (2d) 181 (C. prov. Man.), p. 186; *R. c. McBurney* (1974), 15 C.C.C. (2d) 361 (C.S.C.-B.), conf. par (1975), 24 C.C.C. (2d) 44 (C.A.C.-B.)), dans des affaires de vol où la valeur des biens volés était très peu élevée (*R. c. Li* (1984), 16 C.C.C. (3d) 382 (H.C. Ont.), p. 384), ou dans des affaires de voies de fait ayant causé tout au plus un préjudice très mineur (*R. c. Lepage* (1989), 74 C.R. (3d) 368 (B.R. Sask.); *R. c. Matsuba* (1993), 137 A.R. 34 (C. prov.); opinion incidente dans la décision *Kormos*, précitée); voir aussi : Ministère de la Justice du Canada, *Projet de réforme de la Partie générale du Code criminel : Document de consultation* (1994), « Les violations mineures », p. 29-30). Même si la jurisprudence laisse quelque peu à désirer, le moyen de défense a été invoqué avec succès à plusieurs reprises (voir Stuart, *op. cit.*, p. 594-599) et la Cour a

actus reus of the offence of “fraud on the government” under s. 121(1)(c) of the *Code*, L’Heureux-Dubé J. in *Hinchey, supra*, wrote the following, at para. 69:

In my view, this interpretation removes the possibility that the section will trap trivial and unintended violations. Nevertheless, assuming that situations could still arise which do not warrant a criminal sanction, there might be another method to avoid entering a conviction: the principle of *de minimis non curat lex*, that “the law does not concern itself with trifles”. This type of solution to cases where an accused has “technically” violated a *Code* section has been proposed by the Canadian Bar Association, in *Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada . . . and others*: see Professor Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995) at pp. 542-46. I am aware, however, that this principle’s potential application as a defence to criminal culpability has not yet been decided by this Court, and would appear to be the subject of some debate in the courts below. Since a resolution of this issue is not strictly necessary to decide this case, I would prefer to leave this issue for another day. [Emphasis added.]

A statutory formulation of the defence was proposed in the American Law Institute’s *Model Penal Code* (1985), s. 2.12 under “De Minimis Infractions” (in Stuart, *supra*, at p. 598). The C.B.A. Task Force Report reviewed the uncertain state of the law and recommended codification of a power to stay for trivial violations (see Stuart, *supra*, at p. 598). A codification of the defence may cure judicial reluctance to rely on *de minimis*; however, the common law defence of *de minimis*, as preserved under s. 8(3) of the *Code*, is sufficient to prevent parents and others from being exposed to harsh criminal sanctions for trivial infractions.

expressément omis de statuer sur son existence (voir *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 21, et *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 69). En examinant, dans l’arrêt *Hinchey*, précité, par. 69, l’*actus reus* de l’infraction de « fraude envers le gouvernement » prévue à l’al. 121(1)c) du *Code*, la juge L’Heureux-Dubé n’a pas écarté la possibilité d’invoquer le moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* en matière criminelle :

Cette interprétation enlève, selon moi, toute possibilité que l’alinéa vise des violations involontaires et minimes. Néanmoins, en supposant qu’il puisse y avoir encore des cas qui ne justifient pas une sanction pénale, il y a peut-être une autre méthode permettant d’éviter qu’une déclaration de culpabilité soit prononcée : le principe *de minimis non curat lex*, soit que « la loi ne s’occupe pas de choses insignifiantes ». Cette solution pour les cas où un accusé a, « strictement parlant », violé un article du *Code* a été proposée par l’Association du Barreau canadien, dans *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada . . .*, et par d’autres : voir le professeur Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (3^e éd. 1995), aux pp. 542 à 546. Je sais, toutefois, que notre Cour ne s’est pas encore prononcée sur l’application éventuelle de ce principe comme moyen de défense permettant de repousser la responsabilité criminelle, et que cette question fait l’objet de certains débats devant les instances inférieures. Comme il n’est pas strictement nécessaire de trancher cette question pour résoudre l’affaire dont nous sommes saisis, il y a lieu de laisser la question en suspens. [Je souligne.]

Une codification du moyen de défense a été proposée à l’art. 2.12 du *Model Penal Code* (1985) de l’American Law Institute, sous la rubrique « De Minimis Infractions » (dans Stuart, *op. cit.*, p. 598). Dans son rapport, le groupe de travail de l’A.B.C. a examiné l’état incertain du droit et a recommandé la codification d’un pouvoir d’ordonner l’arrêt des procédures relatives à des violations minimes (voir Stuart, *op. cit.*, p. 598). La codification du moyen de défense peut contribuer à éliminer la réticence des tribunaux à se fonder sur le principe *de minimis*; cependant le moyen de défense de common law fondé sur ce principe, que maintient le par. 8(3) du *Code*, suffit à soustraire à des sanctions pénales sévères les parents et autres personnes qui commettent des infractions négligeables.

207 I am of the view that an appropriate expansion in the use of the *de minimis* defence — not unlike the development of the doctrine of abuse of process — would assist in ensuring that mere technical violations of the assault provisions of the *Code* that ought not to attract criminal sanctions are stayed. In this way, judicial resources are not wasted, and unwanted intrusions of the criminal law in the family context, which may be harmful to children, are avoided. Therefore, if s. 43 were to be struck down, and absent Parliament's re-enactment of a provision compatible with the constitutional rights of children, parents would be no more at risk of being dragged into court for a "pat on the bum" than they currently are for "tasting" a single grape in the supermarket.

208 I conclude that s. 43 of the *Criminal Code* infringes the rights of children under s. 7 of the *Charter*. The infringement cannot be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Parents and persons standing in the place of parents will not be exposed to the criminal law unnecessarily as the common law defences of necessity and *de minimis* will protect them from excusable and/or trivial conduct.

209 In light of my conclusion on the doctrine of vagueness, it is unnecessary for me to consider the other constitutional challenges advanced by the appellant.

III. Disposition

210 For these reasons, I would allow the appeal.

211 I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Je suis d'avis que l'élargissement approprié de la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* — un peu comme l'évolution de la règle de l'abus de procédure — contribuerait à assurer un arrêt des procédures dans le cas où une personne a, strictement parlant, violé les dispositions en matière de voies de fait du *Code* et où cette violation ne devrait pas donner lieu à des sanctions pénales. Cela permettrait d'éviter le gaspillage des ressources judiciaires ainsi que les incursions injustifiées du droit criminel dans le contexte familial, qui sont susceptibles de nuire à des enfants. Par conséquent, si l'art. 43 était invalidé sans que le législateur le remplace par une nouvelle disposition compatible avec les droits que la Constitution garantit aux enfants, les parents ne risqueraient pas davantage d'être amenés en cour pour avoir donné une « petite tape sur une fesse » qu'ils risquent de l'être actuellement pour avoir simplement « goûté » un raisin au supermarché.

Je conclus que l'art. 43 du *Code criminel* porte atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux enfants. La justification de cette atteinte ne peut pas se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. Les parents et les personnes qui les remplacent n'auront pas à faire face à la justice pénale inutilement étant donné que les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et le principe *de minimis* les protégeront en cas de comportement excusable ou anodin de leur part.

Vu ma conclusion concernant la règle de la nullité pour cause d'imprécision, il n'est pas nécessaire que j'examine les autres motifs de contestation constitutionnelle invoqués par l'appelante.

III. Dispositif

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi.

Je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles :

1. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Oui.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

5. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

The following are the reasons delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) — This appeal raises the question of whether s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is constitutionally sound, in particular, with regard to ss. 7, 12, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 43 creates a defence of justification for parents, school teachers and persons standing in the place of a parent, when they use force by way of correction towards a child under their care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Le pourvoi soulève la question de savoir si l'art. 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, est constitutionnel, particulièrement au regard des art. 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 43 crée une défense de justification que peuvent invoquer tout instituteur, père ou mère ou toute personne qui remplace le père ou la mère lorsqu'ils emploient la force pour corriger un enfant confié à leurs soins, pourvu que la force employée ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

213

In my opinion, the ordinary and contextual meaning of s. 43 cannot bear the restricted interpretation proposed by the majority. Section 43 applies to and justifies an extensive range of conduct, including serious uses of force against children. I agree with Arbour J. that the body of case law applying s. 43 is evidence of its broad parameters and wide scope. I also agree with her analysis of the appellant's argument on s. 7 of the *Charter*, but I prefer to deal with the problem under s. 15 of the *Charter*. I find that the inferior protection s. 43 affords to children results in a violation of their constitutional equality right, which is not saved under s. 1 of the *Charter*.

À mon avis, le sens ordinaire et contextuel de l'art. 43 ne peut recevoir l'interprétation stricte proposée par la majorité. L'article 43 englobe et justifie une vaste gamme de comportements, y compris des formes sévères de recours à la force contre les enfants. Je suis d'accord avec la juge Arbour pour dire que l'ensemble de la jurisprudence portant sur l'art. 43 témoigne de ses larges paramètres et de sa portée étendue. Je souscris aussi à son analyse de l'argument de l'appelant concernant l'art. 7 de la *Charte*, mais je préfère envisager le problème sous l'angle de l'art. 15 de la *Charte*. J'estime que l'art. 43, qui accorde une protection inférieure aux enfants, porte atteinte à leur droit constitutionnel à l'égalité et que cette atteinte n'est pas justifiée par l'application de l'article premier de la *Charte*.

I. Interpretation of Section 43

214

It is well established in this Court's jurisprudence that statutes should be interpreted contextually, according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament (see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, and cases cited there). The aim of statutory interpretation is to determine and apply the intention of Parliament at the time of the enactment, as evidenced by the language that was chosen, and as examined in context.

I. Interprétation de l'article 43

Il est bien établi dans la jurisprudence de notre Cour que les textes de loi doivent être interprétés dans leur contexte en suivant le sens grammatical et ordinaire qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur (voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, et les décisions qui y sont citées). L'interprétation des textes législatifs vise à déterminer quelle était l'intention du législateur au moment de leur édition, telle qu'elle ressort du libellé retenu et de l'examen du contexte, et à donner effet à cette intention.

215

There does exist a general principle that if a legislative provision is capable of both a constitutional and an unconstitutional interpretation, then the former should be preferred (see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66). However, the application of this interpretative aid is premised on there existing two equally plausible interpretations on the language of the statute (see *Bell ExpressVu, supra*, at para. 62). Where, as here, the text of the provision does not support a severely restricted scope of conduct that would avoid constitutional disfavour, the Court cannot read the section down to create a constitutionally valid provision. Such an

Il existe un principe général selon lequel, lorsqu'une disposition législative se prête à deux interprétations, dont l'une est constitutionnelle et l'autre inconstitutionnelle, c'est l'interprétation constitutionnelle qui doit l'emporter (voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66). Cependant, cette règle d'interprétation ne trouve application qu'en présence de deux interprétations également plausibles du libellé de la loi (voir *Bell ExpressVu*, précité, par. 62). Lorsque, comme en l'occurrence, les termes de la disposition ne permettent pas d'en limiter la portée aux seuls comportements qui échapperaient à une désapprobation constitutionnelle, la Cour ne

approach would divest the *Charter* of its power to test the validity of statutes, deprive the legislatures of their ability to enact reasonable limits, and intermingle the purpose of statutory interpretation with the exercise of judicial review (see *Bell ExpressVu, supra*, at paras. 62-66).

In this case, the language of s. 43 does not bear a narrow interpretation which encompasses only those minor uses of force that “restrain, control or express some symbolic disapproval” (*McLachlin C.J.*, at para. 24). The words of the provision relate to any use of force toward a pupil or child by a teacher or parent that is “by way of correction” and is “reasonable under the circumstances”. To read into the text implicit exclusions based on the age of the child, the part of the body hit, the type of assault committed, and whether an implement is used, would turn the exercise of statutory interpretation into one of legislative drafting. It is the duty of the Court to determine the intent of the legislator by looking at the text, context and purpose of the provision. The Court would be substituting its own views and opinions rather than interpreting those of the legislator if it were to severely circumscribe a statutory provision and drastically limit its intended application. This is not its role.

While I rely for the most part on the detailed reasons of Arbour J. on the interpretation of s. 43, I would emphasize that the ordinary meaning of s. 43 does not support the restrictive interpretation proposed by the Chief Justice. As one example, the Chief Justice reads into s. 43 completely different standards for teachers as opposed to parents: “Teachers may reasonably apply force to remove a child from a classroom or secure compliance with instructions, but not merely as corporal punishment” (para. 40). However, this distinction is not available on the text of the provision, which plainly places teachers on par with parents. In the same vein, the

peut l’interpréter en en limitant la portée de manière à créer une disposition valide sur le plan constitutionnel. Une telle approche neutraliserait le pouvoir de la *Charte* quant au contrôle de la validité des textes législatifs, priverait les législateurs de la possibilité d’imposer des limites raisonnables et opérerait confusion entre l’objet de l’interprétation législative et l’exercice du contrôle judiciaire (voir *Bell ExpressVu*, précité, par. 62 à 66).

En l’espèce, le libellé de l’art. 43 ne peut recevoir une interprétation stricte qui n’engloberait que les recours à une force légère « visant à contrôler [un] comportement ou à y mettre fin ou encore à exprimer une certaine désapprobation symbolique à cet égard » (la juge en chef *McLachlin*, par. 24). Les termes de la disposition concernent tout emploi de la force par un instituteur ou par un père ou une mère contre un élève ou un enfant qui a pour but de le « corriger » et qui est « raisonnable dans les circonstances ». Introduire dans le libellé en cause des exclusions implicites fondées sur l’âge de l’enfant, sur la partie du corps atteinte par les coups, sur le type de voies de fait commises et sur l’emploi ou non d’un objet, transformerait l’exercice d’interprétation législative en un exercice de rédaction législative. La tâche de la Cour consiste à dégager l’intention du législateur en examinant le libellé de la disposition, son contexte et son objet. En limitant radicalement une disposition législative et en en restreignant de façon importante l’application envisagée, la Cour n’interpréterait pas les vues du législateur, mais leur substituerait ses propres vues. Ce n’est pas le rôle qui lui appartient.

Je m’appuie en grande partie sur les motifs détaillés de la juge Arbour quant à l’interprétation de l’art. 43, mais je veux insister sur le fait que le sens ordinaire de cette disposition n’admet pas l’interprétation restrictive proposée par la Juge en chef. Par exemple, la Juge en chef introduit dans l’art. 43 des normes applicables aux instituteurs qui sont complètement différentes de celles qui s’appliquent aux pères et mères : « Les enseignants peuvent employer une force raisonnable pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect des directives, mais pas simplement pour infliger un châtiment corporel à un enfant » (par. 40). Or, le libellé de l’article ne

prohibition on the use of objects or blows to the head is also not supported, considering that s. 43 simply applies to “uses of force”. Bearing in mind that the non-consensual use of force underpins all forms of assault (s. 265(2)), this presumptively includes assault with a weapon. Nothing in s. 43 indicates that Parliament intended that the application of force with an object would be irrebuttably excluded. The same is true of creating blanket exclusions for the use of force on children under two, on teenagers, and on the head as opposed to other body parts. As noted by both the Chief Justice (at para. 28) and Arbour J. (at para. 148), the assessment of reasonableness is a factually heavy and contextually specific inquiry. The choice of this standard indicates that Parliament did not intend that blanket exclusions be read into s. 43 to preemptively delineate the boundaries of its application. That choosing this standard may leave s. 43 vulnerable to constitutional challenge is to be addressed under the constitutional questions, and should not colour the statutory interpretation exercise *ex ante*.

permet pas cette distinction, car il traite clairement les instituteurs et les pères et mères de façon identique. Dans la même veine, l’interdiction relative à l’emploi d’objets ou à l’administration de coups à la tête n’est pas non plus étayée, considérant que l’art. 43 s’applique simplement à l’emploi de « la force ». Si le recours non consensuel à la force est la source de toutes les formes de voies de fait (par. 265(2)), on peut présumer que les voies de fait commises avec une arme sont incluses. Rien dans l’art. 43 n’indique que le législateur voulait exclure irréfutablement la force appliquée au moyen d’un objet. Il en va de même de la création d’exclusions générales concernant le recours à la force contre les enfants de moins de deux ans ou les adolescents et les coups portés à la tête par opposition aux autres parties du corps. Comme l’ont signalé la Juge en chef (par. 28) et la juge Arbour (par. 148), l’appréciation du caractère raisonnable repose fortement sur les faits et tient compte du contexte. Le choix de cette norme indique que le législateur n’avait pas l’intention que l’art. 43 soit interprété comme comportant des exclusions générales implicites destinées à en limiter d’avance l’application. La possibilité que le choix de cette norme compromette la validité constitutionnelle de l’art. 43 doit être évaluée sous l’angle des questions constitutionnelles et ne devrait pas influencer au préalable l’exercice d’interprétation de la loi.

218 On that note, I will now proceed to explain why, in my view, s. 43 does not pass constitutional muster under s. 15 of the *Charter*.

II. Infringement of Section 15

219 Section 15 is meant to catch government action that has a discriminatory purpose or effect on the basis of an enumerated or analogous ground and impairs a person’s dignity. 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.

220 The test for determining a s. 15(1) infringement is three-pronged (see *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 39):

J’expliquerai maintenant la raison pour laquelle j’estime que l’art. 43 ne résiste pas à l’examen constitutionnel fondé sur l’art. 15 de la *Charte*.

II. Contravention à l’article 15

L’article 15 vise les mesures gouvernementales qui ont un objet ou un effet discriminatoire fondé sur un motif énuméré ou un motif analogue, et qui constituent une atteinte à la dignité de la personne. 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.

Le test servant à déterminer s’il y a contravention de l’art. 15 comporte trois volets (voir *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 39) :

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? [Emphasis omitted.]

A. Distinction in Purpose or Differential Treatment in Effect

Clearly, s. 43 on its face, as well as in its result, creates a distinction between children and others. Section 265 prohibits the non-consensual application of force to anyone and uses the weight of the criminal justice system to protect invasions of one's fundamental right to bodily integrity (see *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at paras. 11-12). Section 43 then withdraws this protection from a designated group of people in society: children. Parliament decided to criminalize certain conduct which is seen as sufficiently morally blameworthy as to merit the disfavour of the criminal law. It then specifically chose to lift protection for one group while leaving protection intact for all others.

B. Based on an Enumerated Ground

Equally clearly, the distinction is based on an enumerated ground: age. The respondent's argument that s. 43 is not primarily an age-based distinction but rather one based on the "relationship" between parent and child or school teacher and pupil is overly formalistic. Although s. 43 applies only in circumstances where the accused has a particular relationship with the child, this does not alter the fact that children, as a group, are given inferior protection against criminal assault.

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? [Soulignement omis.]

A. Distinction dans l'objet ou différence de traitement dans les effets

De toute évidence, l'art. 43 crée, à la fois par son libellé et par ses effets, une distinction entre les enfants et les autres personnes. L'article 265 interdit l'emploi non consensuel de la force envers quiconque et fait jouer le poids du système de justice pénale pour préserver le droit fondamental de chacun à l'intégrité physique (voir *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 11 et 12). L'article 43 retire cette protection à un groupe désigné de personnes dans la société : les enfants. Le législateur a décidé de criminaliser certains comportements qui sont considérés suffisamment répréhensibles sur le plan moral pour mériter la désapprobation du droit pénal. Il a ensuite expressément choisi de retirer cette protection à un groupe tout en la laissant intacte à l'égard des autres.

B. En raison d'un motif énuméré

Il est tout aussi manifeste que la distinction est fondée sur un motif énuméré : l'âge. L'argument avancé par l'intimé selon lequel l'art. 43 n'établit pas une distinction fondée principalement sur l'âge, mais plutôt sur les « liens » entre le père ou la mère et l'enfant, ou l'instituteur et son élève, est trop formaliste. Bien que l'art. 43 ne s'applique que dans des circonstances où l'accusé a un lien particulier avec l'enfant, cela ne change rien au fait que les enfants, en tant que groupe, bénéficient d'une protection inférieure contre les voies de fait criminelles.

221

222

C. *Whether the Distinction or Differential Treatment under Section 43 is Discrimination*

223 *Law, supra*, identified four factors for determining whether the dignity of the group in question is being impaired, thus indicating an infringement of the s. 15 equality guarantee. Not all four factors are necessarily relevant in every case, but the entire context must be considered in determining whether, from the perspective of a reasonable person in the place of the claimant, an infringement of her or his human dignity can be found. In this case, it should be remembered that we should not focus on whether corporal punishment infringes a child's dignity or whether the legislative purpose has properly weighed competing interests, but rather, whether the distinction at issue — the government's explicit choice not to criminalize some assaults against children — violates their dignity.

C. *La distinction ou la différence de traitement établie par l'article 43 est-elle discriminatoire?*

L'arrêt *Law*, précité, a énuméré quatre facteurs servant à déterminer s'il y a atteinte à la dignité du groupe en cause et, partant, non-respect de la garantie d'égalité accordée par l'art. 15. Les quatre facteurs ne sont pas nécessairement tous pertinents dans chaque cas, mais il faut tenir compte du contexte global pour décider si, du point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur, il est possible de conclure à une atteinte à sa dignité humaine. En l'espèce, il convient de rappeler que nous ne devons pas déterminer si le châtiment corporel porte atteinte à la dignité de l'enfant ni si l'objectif législatif a établi un juste équilibre entre les intérêts opposés, mais plutôt si la distinction en cause — le choix explicite du gouvernement de ne pas criminaliser certaines voies de fait commises contre les enfants — porte atteinte à leur dignité.

(1) Nature of the Interest at Stake

224 Clearly, there is a significant interest at stake in the case at bar. The withdrawal of the protection of the criminal law for incursions on one's physical integrity would lead the reasonable claimant to believe that her or his dignity is being harmed. Section 43 sends the message that a child's physical security is less worthy of protection, even though it is seen as a fundamental right for all others.

(1) La nature du droit en jeu

De toute évidence, le droit en jeu dans la présente affaire est important. Le retrait de la protection du droit criminel contre les atteintes à l'intégrité physique amènerait le demandeur raisonnable à croire que sa dignité est compromise. L'article 43 transmet le message que la sécurité physique d'un enfant est moins digne de protection, alors que la sécurité physique de toutes les autres personnes est considérée comme un droit fondamental.

(2) Pre-Existing Disadvantage, Vulnerability, Stereotyping or Prejudice Experienced by the Individual or Group

225 Children as a group face pre-existing disadvantage in our society. They have been recognized as a vulnerable group time and again by legislatures and courts. Historically, their vulnerability was entrenched by the traditional legal treatment of children as the property or chattel of their parents or guardians. Fortunately, this attitude has changed in modern times with a recognition that children, as individuals, have rights, including the right to have their security and safety protected by their parents,

(2) La préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par l'individu ou par le groupe

En tant que groupe, les enfants subissent un désavantage préexistant dans notre société. Les législatures et les tribunaux ont maintes fois reconnu qu'ils formaient un groupe vulnérable. Autrefois, leur vulnérabilité était cristallisée par le droit, qui considérait traditionnellement les enfants comme la propriété ou le bien de leurs père et mère ou tuteurs. Heureusement, cette attitude a changé et les enfants sont maintenant reconnus comme des personnes qui possèdent des droits, dont celui d'être protégés

families and society at large. This recognition is illustrated by several decisions of this Court (see, e.g., *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2), by government policy and laws (for example, specific criminal law protections, family law reforms, and child protection services), and by international legal authorities (see the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, Art. 24).

However, by permitting incursions on children's bodies by their parents or teachers, s. 43 appears to be a throwback to old notions of children as property. Section 43 reinforces and compounds children's vulnerability and disadvantage by withdrawing the protection of the criminal law. Moreover, because the accused is the very person most often charged with the control and trusteeship of the child, being deprived of the legal protection to which everyone else is presumptively entitled exacerbates the already vulnerable position of children. The entitlement to protection is derived by virtue of our status as persons and the status of children as persons deserves equal recognition.

(3) Proposed Ameliorative Purposes or Effects

This contextual factor was described in *Law, supra*, at para. 72, as follows:

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.

In other words, this contextual factor is aimed mainly at recognizing the importance and value of affirmative government measures to ameliorate the

par leurs père et mère, leurs familles et la société en général contre les atteintes à leur sécurité. On en trouve l'illustration dans de nombreux arrêts de notre Cour (voir, p. ex., *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2), dans les politiques gouvernementales et les lois (par exemple, les protections expresses du droit criminel, les réformes du droit de la famille et les services de protection de l'enfance), et dans des instruments juridiques internationaux (voir la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 24).

Cependant, l'art. 43, parce qu'il permet aux pères, mères et instituteurs de s'en prendre physiquement aux enfants, peut être perçu comme un retour à l'ancienne conception des enfants considérés comme des possessions. L'article 43 accentue la vulnérabilité des enfants et aggrave leur condition d'infériorité en les privant de la protection du droit criminel. En outre, comme l'accusé est le plus souvent la personne sous l'autorité de laquelle est placé l'enfant, le fait de priver l'enfant de la protection juridique à laquelle toutes les autres personnes sont présumées avoir droit exacerbé la position de vulnérabilité dans laquelle il se trouve déjà. Notre droit d'être protégés procède de notre statut d'êtres humains, et les enfants sont dignes de la même reconnaissance en tant qu'êtres humains.

(3) L'objet ou l'effet d'amélioration proposé

Ce facteur contextuel a été décrit dans l'arrêt *Law, précité*, par. 72 :

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.

Autrement dit, ce facteur contextuel vise principalement à reconnaître l'importance et la valeur des mesures étatiques concrètes visant à améliorer la

position of already disadvantaged groups. This particular factor is a negative one: the presence of an ameliorative purpose or effect for a more disadvantaged group will mitigate against a finding of dignity infringement, but the lack of an ameliorative purpose or effect has a merely neutral effect on the dignity analysis.

228 In this case, the only other groups that could be said to be affirmatively benefiting from s. 43 are parents and teachers charged with assaulting a child and entitled to raise a s. 43 defence. It is difficult to see, however, how they, as a group, could be seen as more disadvantaged than children, as a group. Therefore, this factor does not apply and has only a neutral impact on the analysis. Arguments that s. 43 ameliorates the position of children facing family violence by avoiding conflict between the family and the criminal justice system is best considered under s. 1 as it deals with justifications for the section *vis-à-vis* the claimant group itself rather than a more disadvantaged group.

situation des groupes déjà défavorisés. Ce facteur particulier est un facteur négatif : la présence d'un objet ou d'un effet d'amélioration à l'égard d'un groupe plus défavorisé rendra plus difficile la conclusion d'une atteinte à la dignité, mais son absence n'aura qu'un effet neutre sur l'analyse de l'atteinte à la dignité.

En l'espèce, les seuls autres groupes dont on pourrait dire qu'ils bénéficient concrètement de l'art. 43 sont les pères, mères et instituteurs accusés de voies de fait contre un enfant et qui peuvent invoquer l'art. 43 en défense. Il est toutefois difficile de voir comment, en tant que groupe, ils pourraient être considérés comme plus défavorisés que les enfants, en tant que groupe. Par conséquent, ce facteur ne s'applique pas et n'a qu'une incidence neutre sur l'analyse. Il vaut mieux analyser sous l'angle de l'article premier l'argument selon lequel l'art. 43 améliore la situation des enfants victimes de violence familiale en évitant un conflit entre la famille et le système de justice pénale, car il porte sur les raisons justifiant l'existence de la disposition en regard du groupe demandeur lui-même et non d'un groupe plus défavorisé.

(4) Correspondence to Actual Needs, Capacities or Circumstances of the Claimant

(4) Correspondance avec les besoins, les capacités ou la situation véritable du demandeur

229 The respondent argues that s. 43 is based on the inherent capacities and circumstances of childhood and thus cannot be discriminatory or harmful to human dignity. It argues that s. 43 is an age-appropriate response to the unique circumstances of children's psychological development and limitations and their basic need to live with their parents and to be subject to the responsibility mandated to parents to make decisions for a child's education and well-being.

L'intimé allègue que l'art. 43 est fondé sur les capacités et la situation inhérentes des enfants et, partant, qu'il ne peut être discriminatoire ni porter atteinte à la dignité humaine. Il fait valoir que l'art. 43 édicte, en tenant compte de l'âge, une règle adaptée à une situation unique, savoir les limites et le développement psychologique des enfants et leur besoin fondamental de vivre avec leurs père et mère et sous la responsabilité de ceux-ci, qui sont chargés de prendre les décisions relatives à leur éducation et à leur bien-être.

230 This may be true for a more circumscribed defence limited to very minor or mild uses of force, such as restraining a child from running into the road or securing her or him into a car seat. However, as discussed, s. 43 as it currently stands permits a broader range of assaults to be justified by its terms. There is a general consensus among experts that the only benefit of mild to moderate uses of force, such

Cet argument peut être valable à l'égard d'un moyen de défense plus restreint, limité à l'emploi d'une force très légère ou modérée, par exemple pour empêcher un enfant de se jeter dans la rue en courant ou pour l'attacher dans un siège d'auto. Toutefois, comme nous l'avons vu, les termes mêmes de l'art. 43, tel qu'il est rédigé actuellement, permettent de justifier une plus vaste gamme de

as spanking, is short-term compliance. Anything more serious is not only not conducive to furthering the education of children, but also potentially harmful to their development and health (trial judge (2000), 49 O.R. (3d) 662, at para. 17). It cannot be seriously argued that children need corporal punishment to grow and learn. Indeed, their capacities and circumstances would generally point in the opposite direction — that they can learn through reason and example while feeling secure in their physical safety and bodily integrity.

By condoning assaults on children by their parents or teachers, s. 43 perpetuates the notion of children as property rather than human beings and sends the message that their bodily integrity and physical security are to be sacrificed to the will of their parents, however misguided. In the words of Dickson J. (as he then was) in *Ogg-Moss v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 173, at p. 187, s. 43 creates a category of “second-class citizens” that must suffer a “consequent attenuation of [their] right to dignity and physical security”. Far from corresponding to the actual needs and circumstances of children, s. 43 compounds the pre-existing disadvantage of children as a vulnerable and often-powerless group whose access to legal redress is already restricted.

All of the above points to a finding of discriminatory treatment in purpose and effect. By justifying what would otherwise amount to criminal assault, s. 43 encourages a view of children as less worthy of protection and respect for their bodily integrity based on outdated notions of their inferior personhood. I will now proceed to discuss why this infringement of s. 15 is not justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

voies de fait. Il existe un consensus général parmi les experts selon lequel le seul avantage à tirer de l'emploi d'une force légère ou modérée, comme la fessée, est l'obéissance à court terme. L'emploi d'une force plus grande non seulement n'a aucune valeur éducative, mais risque de nuire au développement et à la santé des enfants (juge de première instance (2000), 49 O.R. (3d) 662, par. 17). On ne peut soutenir sérieusement que les enfants ont besoin de châtiments corporels pour croître et apprendre. De fait, leurs capacités et leur situation tendraient en général à indiquer le contraire — c'est-à-dire qu'ils peuvent apprendre par la raison et par l'exemple, avec le sentiment que leur sécurité et leur intégrité physiques ne sont pas menacées.

En tolérant les voies de fait que peuvent commettre les pères, mères et instituteurs contre les enfants, l'art. 43 perpétue l'idée que les enfants sont des possessions plutôt que des êtres humains, et il transmet le message que leur intégrité et leur sécurité physiques doivent être sacrifiées à la volonté de leurs père et mère, aussi peu judicieuse soit-elle. Pour reprendre les propos du juge Dickson (devenu plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 173, p. 187, l'art. 43 crée une catégorie de « citoyens de deuxième classe » qui doivent ainsi subir une « restriction [de leur] droit à la dignité et à la sécurité physique ». Loin de correspondre à leurs besoins et à leur situation véritables, l'art. 43 accentue le désavantage préexistant que subissent les enfants à titre de groupe vulnérable et souvent impuissant, pour qui l'accès à la justice en vue d'obtenir réparation est déjà limité.

Tous les éléments qui précèdent sont favorables à une conclusion de traitement discriminatoire dans l'objet et dans l'effet de la loi. En justifiant ce qui autrement équivaudrait à des voies de fait criminelles, l'art. 43 encourage l'opinion selon laquelle les enfants ne méritent pas la même protection et le même respect de leur intégrité physique que les autres personnes, opinion qui est fondée sur l'idée désuète que les enfants sont des personnes de statut inférieur. J'étudierai maintenant la raison pour laquelle cette contravention à l'art. 15 ne constitue pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*.

231

232

III. Section 1

233 The analysis under s. 1 determines whether the means chosen to fulfill a legislative objective constitutes a reasonable limit on a *Charter* right in a free and democratic society. Pursuant to the well-established *Oakes* test, this analysis consists of two broad inquiries: the first inquires into whether the objective is sufficiently pressing and substantial, and the second examines the proportionality between the objective sought and the means chosen (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39).

A. *Pressing and Substantial Objective*

234 The trial judge determined that the legislative objective behind s. 43 was as follows (at para. 47):

Having regard to the history of the legislation, I conclude that Parliament's purpose in maintaining s. 43 is to recognize that parents and teachers require reasonable latitude in carrying out the responsibility imposed by law to provide for their children, to nurture them, and to educate them. That responsibility, Parliament has decided, cannot be carried out unless parents and teachers have a protected sphere of authority within which to fulfill their responsibilities.

Considering the important place of the family unit, both legally and socially, I accept that this is a pressing and substantial objective. The child developmental process is unique and the state should not intrude unnecessarily into the parental or supervisory role. It is understandable for Parliament to lend parents and caregivers a measure of flexibility in the private exercise of child-rearing.

235 The respondent also asserted that a central aspect of this objective is to protect children and families from the intrusion of the criminal law and the damaging effect of criminal sanctions in respect of conduct that the evidence demonstrates is not harmful. This line of argument seeks to impermissibly shift the nature of the legislative purpose from one of parental rights to one of child protection. This is not merely a shift in the emphasis of the legislative objective but a significant reclassification of it. At the time s. 43 was passed, the objective of

III. Article premier

L'analyse fondée sur l'article premier vise à déterminer si le moyen retenu pour atteindre un objectif législatif restreint un droit garanti par la *Charte* dans des limites qui sont raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Selon le test bien établi dans l'arrêt *Oakes*, cette analyse comporte deux grandes questions : la première consiste à établir si l'objectif visé est suffisamment urgent et réel; la seconde, à examiner la proportionnalité entre l'objectif visé et le moyen retenu (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 138-139).

A. *L'objectif urgent et réel*

Le juge de première instance a conclu que l'objectif législatif de l'art. 43 était le suivant (par. 47) :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'historique de la loi, je conclus qu'en maintenant l'art. 43, le législateur entendait reconnaître le fait que les pères, mères et instituteurs ont besoin d'une marge de manœuvre raisonnable pour s'acquitter de la responsabilité que la loi leur impose de subvenir aux besoins de leurs enfants, de les élever et de les éduquer. Cette responsabilité, a décidé le législateur, ne peut s'exercer que si les pères, mères et instituteurs bénéficient d'une sphère d'autorité protégée au sein de laquelle ils peuvent s'acquitter de leurs responsabilités.

Considérant la place importante de la cellule familiale, sur le plan juridique et social, je conviens qu'il s'agit d'un objectif urgent et réel. Le processus de développement de l'enfant est unique et l'État ne devrait pas empiéter inutilement sur le rôle des pères, mères et surveillants. On peut comprendre que le législateur accorde aux pères, mères et gardiens une certaine latitude dans l'éducation des enfants qui revêt un caractère privé.

L'intimé a aussi fait valoir qu'un des aspects fondamentaux de cet objectif est de protéger les enfants et les familles contre l'ingérence du droit criminel et contre les effets négatifs de l'imposition de sanctions pénales à l'égard d'un comportement qui, selon la preuve, ne cause aucun préjudice. Ce raisonnement tend à modifier indûment la nature de l'objectif législatif axé sur les droits des pères et mères en le réorientant vers la protection de l'enfant. Il ne s'agit pas d'un simple changement de perspective de l'objectif législatif, mais d'un

affording parents and teachers reasonable latitude was based in traditional notions of children as property, capable of learning through physical violence, which was left to parents and teachers to mete out at their discretion. The heading in the *Code* under which s. 43 is placed — “Protection of Persons in Authority” — confirms that this justification was aimed at protecting parents and teachers from prosecution and not to protect children from the intrusion of the criminal law. This alternate objective put forth by the respondent attempts to portray a child-centred approach to s. 43, which was clearly never the original intent of the legislator. That being said, it may be that considerations such as the negative effect of the criminal justice system and the existence of alternatives for protecting children from abuse and harm will constitute part of the context in examining whether the means chosen are proportional to the objective.

B. Proportionality

(1) Rational Connection Between the Means Chosen and the Objective Sought

There does appear to be a rational connection between the objective of giving parents and teachers reasonable latitude in caring for children and limiting the application of the criminal law in the parent-child or teacher-pupil relationship. It is logical that providing parents and teachers with a sphere of immunity from criminal sanction will increase the domain of their authority in dealing with their children or students.

(2) Minimal Impairment

It is well established that Parliament need not always choose the absolutely least intrusive means to attain its objectives but must come within a range of means which impair *Charter* rights as little as is reasonably possible. On the one hand, a greater degree of deference may be afforded in this assessment when, as here, there are a number of competing interests, including the equality of the

important changement de catégorie. Au moment de l'adoption de l'art. 43, l'objectif de donner aux pères, mères et instituteurs une marge de manœuvre raisonnable reposait sur la conception traditionnelle des enfants considérés comme des possessions et capables de tirer des leçons de la violence physique que les pères, mères et instituteurs pouvaient doser à leur guise. Dans le *Code*, l'intitulé sous lequel se trouve l'art. 43 — « Protection des personnes exerçant l'autorité » — confirme que cette justification visait à protéger les pères, mères et instituteurs contre les poursuites, et non à protéger les enfants contre l'ingérence du droit pénal. En proposant cet autre objectif, l'intimé voudrait que l'on adopte pour l'application de l'art. 43 une méthode centrée sur l'enfant, qui n'a manifestement jamais correspondu à l'intention originale du législateur. Cela dit, il se peut que des considérations telles que les effets négatifs du système de justice pénale et l'existence de solutions de rechange pour protéger les enfants contre la violence et les préjudices fassent partie du contexte à prendre en compte pour déterminer si la mesure retenue est proportionnelle à l'objectif visé.

B. La proportionnalité

(1) Lien rationnel entre les moyens choisis et l'objectif visé

Il semble exister un lien rationnel entre l'objectif d'accorder une marge de manœuvre raisonnable aux pères, mères et instituteurs qui prennent soin des enfants et la décision de limiter l'application du droit pénal dans la relation parent-enfant ou instituteur-élève. L'existence d'une sphère d'immunité permettant aux pères, mères et instituteurs d'échapper à l'imposition de sanctions pénales aura logiquement pour effet d'accroître leur autorité dans leurs rapports avec leurs enfants ou leurs élèves.

(2) Atteinte minimale

Il est bien établi que le législateur ne doit pas toujours adopter les mesures les moins attentatoires pour atteindre ses objectifs, mais qu'il doit les choisir dans l'éventail des mesures qui portent le moins possible atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Une plus grande retenue dans cette appréciation peut être indiquée lorsque, comme en l'espèce, plusieurs intérêts opposés sont en jeu, notamment le droit de

child, the privacy of the family unit, and the potential liberty consequences for an accused. On the other hand, a serious infringement to such a basic right as physical integrity against a vulnerable group such as children cannot be easily justified. When faced with these circumstances, the court should not be overly deferential in its approach.

238 Here it is clear that less intrusive means were available that would have been more appropriately tailored to the legislative objective. Section 43 could have been defined in such a way as to be limited only to very minor applications of force rather than being broad enough to capture more serious assaults on a child's body. Indeed, it could have been better tailored in terms of those to whom it applies (all children, including infants), those whom it protects (e.g., teachers are given the same latitude as parents), and the scope of conduct it justifies (i.e., spanking and other assaults that can entail pain or harm to the child).

239 The respondent argues s. 43 is merely indirect in its effect and is akin to an underinclusive application of the criminal law of assault. However, I would make the following comments in response. First, we are not dealing with a legislative omission here, but rather an explicit age-based distinction withdrawing the protection of a *Code* provision. Section 43 is the only justification in the *Code* whose purpose and effect is to create a distinction on an enumerated ground. Second, because of the fundamental nature of physical integrity and bodily autonomy for all persons, including children, any derogation, especially when based on an enumerated or analogous ground, should be regarded with suspicion.

240 It was also argued that this Court should acknowledge that provincial child protection legislation and federal education initiatives are in place to protect children from abuse in a way which is less disruptive to the family unit than the criminal law. This

l'enfant à l'égalité, le respect de la vie privée de la cellule familiale et les conséquences éventuelles sur la liberté d'un accusé. Par contre, une atteinte grave à un droit aussi fondamental que le droit à l'intégrité physique, portée contre le groupe vulnérable que sont les enfants, ne peut se justifier facilement. Dans un tel cas, le tribunal ne devrait pas adopter une approche qui soit empreinte d'une trop grande retenue.

En l'espèce, il est clair qu'il existait des mesures moins attentatoires et mieux adaptées à l'objectif législatif. L'article 43 aurait pu être rédigé en des termes qui en limitent l'application à l'emploi d'une force très légère, plutôt qu'en des termes assez généraux pour englober les voies de fait plus graves commises contre un enfant. De fait, il aurait pu cibler plus précisément les personnes qu'il vise (tous les enfants, y compris les nourrissons), celles qu'il protège (p. ex. les instituteurs bénéficiant de la même marge de manœuvre que les pères et mères) et la portée de la conduite qu'il justifie (c.-à-d. la fessée et les autres voies de fait qui peuvent causer de la douleur et des blessures à l'enfant).

L'intimé soutient que l'art. 43 n'a qu'un effet indirect et qu'il s'apparente à une application limitative du droit criminel en matière de voies de fait. Toutefois, je formulerais les remarques suivantes en réponse à cet argument. Premièrement, nous ne sommes pas en présence ici d'une omission législative, mais plutôt d'une distinction expresse fondée sur l'âge qui retire la protection conférée par une disposition du *Code*. L'article 43 est la seule justification du *Code* dont l'objet et l'effet sont de créer une distinction fondée sur un motif énuméré. Deuxièmement, compte tenu de la nature fondamentale du droit à l'intégrité et à l'autonomie physiques reconnu à toutes les personnes, y compris aux enfants, toute dérogation, en particulier lorsqu'elle est fondée sur un motif énuméré ou analogue, doit être considérée suspecte.

On a aussi soutenu que la Cour devait reconnaître que les lois provinciales sur la protection de l'enfance et les initiatives fédérales en matière d'éducation protègent les enfants contre la violence tout en perturbant moins la cellule familiale que ne le

may have been a more important consideration at this stage if we were dealing with circumstances that were less clear. If the Court had been called upon to engage in a delicate balancing exercise between competing options and values open to the government, then the existence of less intrusive, parallel alternatives may have had a significant impact on the assessment of the constitutional validity of s. 43. However, the *Charter* infringement in this case is discriminatory at a very direct and basic level. It clearly impairs the equal rights of children to bodily integrity and security in a much more intrusive way than necessary to achieve a valid legislative objective. The provincial and policy mechanisms available do not change this effect.

(3) Proportionality Between the Salutary and Deleterious Effects

Although not strictly necessary to proceed to this part of the *Oakes* test, I will briefly consider the salutary and deleterious effects of the application of s. 43. This assessment also supports my conclusion. The deleterious effects impact upon such a core right of children as a vulnerable group that the salutary effects must be extremely compelling to be proportional. Although there is a benefit to parents, children, teachers and families to escape the unnecessary intrusion of the criminal law into the private realm of child-rearing, when there is harm to a child this is precisely the point where the disapprobation of the criminal law becomes necessary. It may not be necessary in a given set of circumstances for the full weight of the criminal justice system to be brought down on an accused who would otherwise be protected under s. 43, and that can be determined by child protection agencies, the police and the prosecutor, taking into account the best interests of the child. However, it is the discrimination represented by s. 43 that produces the most drastic effect; it sends the message that children, as a group, are less worthy of protection of their bodies than anyone else.

fait le droit criminel. Cette considération aurait pu avoir plus de poids à cette étape si nous avions été en présence d'une situation moins évidente. Si la Cour avait été appelée à s'engager dans la délicate pondération des différentes solutions et valeurs parmi lesquelles le gouvernement pouvait exercer son choix, l'existence de mesures de rechange parallèles moins envahissantes aurait pu avoir une incidence importante sur l'appréciation de la constitutionnalité de l'art. 43. Cependant, le non-respect de la *Charte* en l'espèce est directement et fondamentalement discriminatoire. Elle restreint manifestement l'égalité des droits des enfants à l'intégrité et à la sécurité physiques beaucoup plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre un objectif législatif valide. Les mécanismes provinciaux et les politiques disponibles n'y changent rien.

(3) Proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire d'aborder cette partie du test établi dans l'arrêt *Oakes*, j'examinerai brièvement les effets bénéfiques et les effets préjudiciables résultant de l'application de l'art. 43. Cette étude vient aussi appuyer ma conclusion. Les effets préjudiciables touchent un droit si fondamental pour le groupe vulnérable que sont les enfants que les effets bénéfiques doivent être extrêmement convaincants pour être proportionnels. Même s'il est avantageux pour les pères et mères, les enfants, les instituteurs et les familles d'échapper à l'ingérence inutile du droit criminel dans le royaume de l'éducation des enfants, c'est précisément lorsque ces derniers subissent un préjudice qu'il devient nécessaire que le droit criminel exprime sa désapprobation. Dans des circonstances données, il n'est peut-être pas nécessaire de faire peser tout le poids du système de justice pénale sur un accusé qui, autrement, serait protégé par l'art. 43, et c'est une décision que les organismes de protection de l'enfance, la police et le ministère public peuvent prendre en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, c'est la discrimination qu'entraîne l'art. 43 qui produit les conséquences les plus radicales; elle transmet le message que les enfants, en tant que groupe, sont moins dignes que n'importe qui d'autre d'être protégés contre une atteinte physique.

IV. Remedy

²⁴² The striking down of s. 43 is the only appropriate remedy in this case. In other words, s. 43 should be severed from the rest of the *Code*. It does not measure up to *Charter* standards and, thus, must cede to the supremacy of the Constitution to the extent of any inconsistency (*Constitution Act, 1982*, s. 52). In choosing a remedy, the Court must be guided not only by the purposes of the *Charter* but by the purposes of the legislation and considerations of the proper institutional division of labour between the courts and legislatures (see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; see also R. J. Sharpe, K. E. Swinton and K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 2002), c. 17).

²⁴³ Although reading down s. 43, such that its scope would be similar to the “interpretation” proposed by the majority, would bring that provision in line with constitutional requirements, it is not the place of this Court to craft a new provision to replace the one intended to be created by Parliament. As noted, a restricted scope to s. 43 could have been one less intrusive means for minimally impairing the equality rights of children under this scheme. However, this is not to say that this was the only means open to Parliament nor that it would necessarily be free from all constitutional scrutiny if chosen. The balance to be struck between the number of competing interests at play requires a contextual approach be taken to the assessment of constitutional validity and the measurement of the “extent of the inconsistency”. It is not the Court’s role to deem where this balance must be struck. In this case, s. 43 as it stands clearly violates the *Charter* and must fall. Parliament can then choose how it wishes to respond to this result.

²⁴⁴ In some cases it is possible for the Court to delay the immediate effect of a declaration of invalidity. Generally, the Court should be wary of allowing or appearing to condone a continued state of affairs that violates *Charter* rights. Therefore, I would suggest temporary suspensions of invalidity should

IV. Réparation

L’invalidation de l’art. 43 est la seule réparation appropriée en l’espèce. Autrement dit, l’art. 43 devrait être dissocié du reste du *Code*. Il ne satisfait pas aux normes établies par la *Charte* et, par conséquent, la primauté de la Constitution (*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52) commande qu’il soit écarté dans la mesure de cette incompatibilité. Dans le choix d’une réparation, la Cour doit se laisser guider non seulement par les objectifs de la *Charte*, mais aussi par les objectifs de la loi, et elle doit tenir compte du principe de la juste répartition institutionnelle des responsabilités entre les tribunaux et les législatures (voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; voir aussi R. J. Sharpe, K. E. Swinton et K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (2^e éd. 2002), ch. 17).

Certes, une interprétation atténuée de l’art. 43 qui en restreindrait la portée à l’« interprétation » proposée par la majorité rendrait cette disposition conforme aux exigences constitutionnelles. Néanmoins, il n’appartient pas à la Cour d’élaborer une nouvelle disposition pour remplacer celle que le législateur a voulu créer. Comme je l’ai signalé, l’attribution d’une portée limitée à l’art. 43 aurait pu constituer une mesure moins attentatoire aux droits à l’égalité des enfants sous ce régime. Toutefois, cela ne signifie pas que c’était le seul moyen dont disposait le législateur, ni que cette mesure serait à l’abri de tout examen constitutionnel, si elle avait été retenue. La pondération des multiples intérêts opposés en jeu commande l’adoption d’une méthode contextuelle pour l’appréciation de la constitutionnalité et de la « mesure de l’incompatibilité ». Il ne revient pas à la Cour de procéder à cette pondération. En l’espèce, l’art. 43, dans son libellé actuel, viole manifestement la *Charte* et doit être invalidé. Le législateur pourra alors décider comment il souhaite réagir à ce résultat.

Dans certains cas, la Cour peut retarder l’effet immédiat d’une déclaration d’invalidité. En règle générale, elle doit se garder de permettre ou de tolérer en apparence une situation existante qui viole les droits garantis par la *Charte*. Par conséquent, je serais portée à croire que les suspensions

generally be confined to only those circumstances where it is required by the potential impact and consequences of an immediate declaration of invalidity. For instance, if the immediate nullification of the law could lead to chaos or serious threat to public safety, then there may be good justification for suspending the declaration (see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933). Similarly, it may be appropriate to temporarily suspend a declaration of invalidity where it would be less intrusive on the separation of powers to allow the legislature a stated period of time to reconsider its policy and budgetary choices in light of constitutional parameters (see, e.g., *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3). In this case, the circumstances are not compelling enough to permit continued violations of the equality rights of children. There would be no immediate harm to the public nor budgetary consequences to the government to declare s. 43 of no force and effect.

V. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal. Because I find that s. 43 violates the equality guarantees of children under s. 15(1) of the *Charter*, and it is not saved as a reasonable limit under s. 1, it is unnecessary for me to consider the other constitutional questions posed. The most appropriate and least intrusive remedy in this case is to strike down s. 43.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Because of the answers to questions 5 and 6, it is unnecessary to decide this question.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the

temporaires d'invalidité devraient généralement se limiter aux cas où elles s'imposent en raison des répercussions et des conséquences éventuelles d'une déclaration immédiate d'invalidité. Par exemple, si la nullité immédiate de la loi pouvait mener au chaos ou menacer la sécurité du public, il serait alors tout à fait justifié de suspendre l'effet de la déclaration (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933). De même, il peut être approprié de suspendre temporairement une déclaration d'invalidité lorsque le fait d'accorder à la législature un délai déterminé pour réexaminer ses choix budgétaires et de politique au regard des paramètres constitutionnels est moins attentatoire au partage des pouvoirs (voir, p. ex., *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3). En l'espèce, les circonstances ne sont pas impérieuses au point de permettre la violation des droits à l'égalité des enfants. La déclaration portant que l'art. 43 est inopérant ne causerait aucun préjudice immédiat au public et n'entraînerait aucune conséquence budgétaire pour le gouvernement.

V. Dispositif

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi. Puisque je conclus que l'art. 43 viole les droits à l'égalité que le par. 15(1) de la *Charte* garantit aux enfants, et qu'il n'est pas validé à titre de limite raisonnable au sens de l'article premier, il n'est pas nécessaire que j'examine les autres questions constitutionnelles qui ont été soulevées. La réparation la plus appropriée et la moins attentatoire en l'espèce consiste à invalider l'art. 43.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée aux questions 5 et 6, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une

245

246

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

Answer: Because of the answers to questions 5 and 6, it is unnecessary to decide this question.

3. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Because of the answers to questions 5 and 6, it is unnecessary to decide this question.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Because of the answers to questions 5 and 6, it is unnecessary to decide this question.

5. Does s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of children under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

43. Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

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;

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

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée aux questions 5 et 6, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée aux questions 5 et 6, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Compte tenu de la réponse donnée aux questions 5 et 6, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L'article 43 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux enfants?

Réponse : Oui.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

43. Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

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) 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.

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.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

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.

Appeal dismissed, Binnie J. dissenting in part and Arbour and Deschamps JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto; Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Canadian Teachers' Federation: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Ontario Association of Children's Aid Societies: WeirFoulds, Toronto; Ontario Association of Children's Aid Societies, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Coalition for Family Autonomy: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitor for the intervenor Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montreal.

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.

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

15. (1) La loi ne fait exception 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.

Pourvoi rejeté, le juge Binnie est dissident en partie et les juges Arbour et Deschamps sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto; Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association ontarienne des sociétés de l'aide à l'enfance : WeirFoulds, Toronto; Association ontarienne des sociétés de l'aide à l'enfance, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Coalition for Family Autonomy : Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Solicitors for the intervener the Child Welfare League of Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Ligue pour le bien-être de l'enfance du Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

Michael Garfield Lytle *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LYTTLE

Neutral citation: 2004 SCC 5.

File No.: 29412.

2003: October 17; 2004: February 12.

Present: McLachlin C.J. and Major, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Criminal law — Evidence — Witnesses — Cross-examination — Right of accused to cross-examine prosecution witnesses — Whether counsel must provide evidentiary foundation for cross-examination or whether good faith basis sufficient for raising questions.

Criminal law — Procedural unfairness at trial — Curative proviso — Defence counsel obliged to call police investigators as her own witnesses against her wishes and to forfeit statutory right to address jury last — Whether resulting trial unfairness could be saved by applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The victim was severely beaten by five men. He claimed that he had been beaten over a gold chain but two police officers stated in separate reports, which were disclosed to the defence, that they believed the attack was related to a drug debt. The victim identified the accused in a photographic line-up. The defence theory was that the beating related to an unpaid drug debt and that the victim had identified the accused as his assailant to protect the real offenders — his associates in a drug ring. The Crown did not intend to call the officers as witnesses. In a *voir dire* and repeatedly at trial, the trial judge stated that defence counsel could only proceed with her proposed cross-examination of the Crown's witnesses if she provided substantive evidence of the drug debt theory. Defence counsel called the officers and the accused lost his statutory right to address the jury last. The defence did not present any other evidence. The accused was convicted of robbery, assault causing bodily

Michael Garfield Lytle *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. LYTTLE

Référence neutre : 2004 CSC 5.

Nº du greffe : 29412.

2003 : 17 octobre; 2004 : 12 février.

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

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

Droit criminel — Preuve — Témoins — Contre-interrogatoire — Droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge — L'avocat doit-il présenter des éléments de preuve au soutien de son contre-interrogatoire ou est-il suffisant qu'il soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions?

Droit criminel — Iniquité procédurale au procès — Disposition réparatrice — L'avocate de la défense a été obligée d'assigner elle-même les policiers enquêteurs et de renoncer au droit que lui reconnaît la loi de s'adresser au jury en dernier — L'injustice en résultant pouvait-elle être corrigée par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Ayant subi une sévère correction aux mains de cinq hommes, la victime a affirmé avoir été battue au sujet d'une chaîne en or. Toutefois, dans des rapports distincts communiqués à la défense, deux policiers ont dit croire que l'agression était reliée à une dette de drogue. La victime a identifié l'accusé à l'occasion d'une séance d'identification photographique. La thèse de la défense était que l'attaque se rapportait à une dette de drogue impayée et que la victime avait désigné l'accusé comme étant son agresseur afin de protéger les véritables malfaiteurs — ses associés au sein d'un réseau de trafiquants de drogue. Le ministère public n'entendait pas citer les policiers comme témoins. Au cours d'un *voir-dire* ainsi qu'à plusieurs reprises au cours du procès, le juge a indiqué que l'avocate de la défense ne pourrait contre-interroger les témoins à charge comme elle projetait de le faire que si elle fournissait une preuve de fond étayant sa thèse de la dette de drogue. L'avocate de la défense a

harm, kidnapping and possession of a dangerous weapon. In affirming the convictions, the Court of Appeal held that the trial judge had erred in requiring defence counsel to call evidence in support of her drug debt theory but that the verdict could be saved by resort to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge unduly restricted the right of the accused to conduct a full and proper cross-examination of the principal Crown witness. The accused was not required to undertake to call evidence to support his drug debt theory as a condition for permitting the cross-examination. The right of an accused to cross-examine prosecution witnesses without significant and unwarranted constraint is an essential component of the right to make a full answer and defence. The right of cross-examination, which is protected by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, must be jealously protected and broadly construed. A question can be put to a witness in cross-examination regarding matters that need not be proved independently, provided that counsel has a good faith basis for putting the question. It is not uncommon for counsel to believe what is in fact true without being able to prove it otherwise than by cross-examination. "A good faith basis" is a function of the information available to the cross-examiner, his or her belief in its likely accuracy, and the purpose for which it is used. The information may fall short of admissible evidence and may be incomplete or uncertain, provided the cross-examiner does not put suggestions to the witness recklessly or that he or she knows to be false. The cross-examiner may pursue any hypothesis that is honestly advanced on the strength of reasonable inference, experience or intuition and there is no requirement of an evidentiary foundation for every factual suggestion put to a witness in cross-examination. Where a question implies the existence of a disputed factual predicate that is manifestly tenuous or suspect, a trial judge may seek assurance that a good faith basis exists for the question. If the judge is satisfied in this regard and the question is not otherwise prohibited, counsel should be permitted to put the question to the witness. In this case, the existence of a good faith basis for the defence's drug debt theory had become apparent over the course of the

elle-même assigné les policiers et l'accusé a de ce fait perdu le droit que lui accorde la loi de s'adresser au jury en dernier. La défense n'a présenté aucune autre preuve. L'accusé a été déclaré coupable de vol qualifié, de voies de fait causant des lésions corporelles, d'enlèvement et de possession d'arme dangereuse. Confirmant les déclarations de culpabilité, la Cour d'appel a estimé que le juge du procès avait commis une erreur en exigeant de l'avocate de la défense qu'elle produise des éléments de preuve au soutien de sa thèse de la dette de drogue, mais elle a conclu que le verdict pouvait être maintenu par application du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a indûment limité le droit de l'accusé de mener un contre-interrogatoire complet et approprié du principal témoin à charge. L'accusé n'était pas tenu de s'engager à présenter des éléments de preuve au soutien de sa thèse de la dette de drogue pour être autorisé à procéder au contre-interrogatoire. Le droit d'un accusé de contre-interroger les témoins à charge, sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées, est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. Le droit de contre-interroger, qui est garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, doit être protégé jalousement et être interprété généreusement. Il est possible de contre-interroger un témoin sur des points qui n'ont pas besoin d'être prouvés indépendamment, pourvu que l'avocat soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions. Il n'est pas inhabituel qu'un avocat prête foi à un fait qui est effectivement vrai, sans qu'il soit capable d'en faire la preuve autrement que par un contre-interrogatoire. La « bonne foi » est fonction des renseignements dont dispose le contre-interrogateur, de l'opinion de celui-ci sur leur probable exactitude et du but de leur utilisation. Ces renseignements peuvent ne pas être des éléments de preuve admissibles et ils peuvent avoir un caractère incomplet ou incertain, pourvu toutefois que le contre-interrogateur ne soumette pas au témoin des hypothèses qui soient inconsidérées ou qu'il sait être fausses. Le contre-interrogateur peut soulever toute hypothèse qu'il avance honnêtement sur la foi d'inférences raisonnables, de son expérience ou de son intuition et rien ne l'oblige à présenter un fondement de preuve à l'égard de chaque fait soumis à un témoin. Lorsqu'une question implique l'existence d'une assise factuelle contestée et manifestement fragile ou suspecte, le juge du procès peut demander à l'avocat l'assurance qu'il pose la question de bonne foi. Si les assurances données à cet égard satisfont le juge et que la formulation de la question n'est pas prohibée pour une autre raison, l'avocat devrait être autorisé à poser la question au

two *voir dires*. The trial judge erred in law by requiring an evidentiary foundation for the cross-examination.

The trial judge's error cannot be cured by resort to s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. The ruling had an intimidating effect on defence counsel, disrupted the rhythm of her cross-examinations, and manifestly constrained their scope. It obliged defence counsel to call police investigators as her own witnesses against her wishes. The Crown was permitted to cross-examine its own officers and the accused was found to have forfeited his statutory right to address the jury last. This had a fatal impact on the fairness of the trial. It cannot be said that in the absence of the trial judge's error, there is no reasonable possibility that the verdict would have been different and it would be wrong in these circumstances to apply the curative proviso.

Cases Cited

Explained: *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337; *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67; **disapproved:** *R. v. Fiqia* (1993), 145 A.R. 241; *R. v. Fickes* (1994), 132 N.S.R. (2d) 314; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; *R. v. Bencardino* (1973), 15 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469 (1948); *R. v. Norman* (1993), 16 O.R. (3d) 295; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Rondel v. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 651(3), 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Brauti, Peter M. "Improper Cross-Examination" (1998), 40 *Crim. L.Q.* 69.

témoin. En l'espèce, l'existence de la bonne foi requise pour justifier la présentation de la thèse de la dette de drogue était ressortie clairement au cours des deux *voir dires*. Le juge du procès a commis une erreur de droit en exigeant, pour la tenue du contre-interrogatoire, la production d'un fondement de preuve.

Il est impossible de remédier à l'erreur du juge du procès en appliquant le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*. La décision contestée du juge du procès a eu un effet inhibiteur sur l'avocate de la défense, elle a perturbé le rythme de ses contre-interrogatoires et elle a clairement limité leur portée. Cette décision a obligé l'avocate de la défense à citer, bien malgré elle, les policiers enquêteurs comme témoins à décharge. Le ministère public a été autorisé à contre-interroger ses propres agents et l'accusé a été considéré comme ayant renoncé au droit que la loi lui accorde de s'adresser au jury en dernier. Cette situation a eu des conséquences fatales sur l'équité du procès. Il est impossible d'affirmer qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur du juge du procès. De plus, il serait erroné dans les circonstances d'appliquer la disposition réparatrice.

Jurisprudence

Arrêts expliqués : *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337; *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67; **arrêts critiqués :** *R. c. Fiqia* (1993), 145 A.R. 241; *R. c. Fickes* (1994), 132 N.S.R. (2d) 314; **arrêts mentionnés :** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *R. c. Bencardino* (1973), 15 C.C.C. (2d) 342; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *Michelson c. United States*, 335 U.S. 469 (1948); *R. c. Norman* (1993), 16 O.R. (3d) 295; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Rondel c. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 651(3), 686(1)b)(iii).

Doctrine citée

Brauti, Peter M. « Improper Cross-Examination » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 69.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant.
The Law of Evidence in Canada, 2nd ed. Toronto:
 Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 61 O.R. (3d) 97, 167 C.C.C. (3d) 503, 4 C.R. (6th) 1, 163 O.A.C. 33, [2002] O.J. No. 3308 (QL), affirming a judgment of the Superior Court of Justice. Appeal allowed.

David M. Tanovich, for the appellant.

Shelley Hallett, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR AND FISH JJ. —

I. Introduction

1 Cross-examination may often be futile and sometimes prove fatal, but it remains nonetheless a faithful friend in the pursuit of justice and an indispensable ally in the search for truth. At times, there will be no other way to expose falsehood, to rectify error, to correct distortion or to elicit vital information that would otherwise remain forever concealed.

2 That is why the right of an accused to cross-examine witnesses for the prosecution — without significant and unwarranted constraint — is an essential component of the right to make full answer and defence.

3 The Court of Appeal found in this case that the trial judge had unduly restricted the right of the accused to conduct a full and proper cross-examination of the principal Crown witness. We agree with that finding.

4 We agree as well that the judge's error resulted from his understandable misapplication of this Court's decision in *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337. The trial judge considered that he was bound by *Howard* to require the appellant to "follow up with substantive evidence" every factual hypothesis defence counsel intended to put to a Crown witness in cross-examination. As the Court of Appeal made plain, this is not the law: *Howard* did not purport to

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant.
The Law of Evidence in Canada, 2nd ed. Toronto :
 Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 61 O.R. (3d) 97, 167 C.C.C. (3d) 503, 4 C.R. (6th) 1, 163 O.A.C. 33, [2002] O.J. No. 3308 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure de justice. Pourvoi accueilli.

David M. Tanovich, pour l'appellant.

Shelley Hallett, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES MAJOR ET FISH —

I. Aperçu

Bien que le contre-interrogatoire puisse souvent s'avérer futile et parfois se révéler fatal, il demeure néanmoins un ami fidèle dans la poursuite de la justice ainsi qu'un allié indispensable dans la recherche de la vérité. Dans certains cas, il n'existe en effet aucun autre moyen de mettre au jour des faussetés, de rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais.

Voilà pourquoi le droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge — sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées — est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière.

En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait indûment limité le droit de l'accusé de mener un contre-interrogatoire complet et approprié du principal témoin à charge. Nous souscrivons à cette conclusion.

Nous sommes nous aussi d'avis que l'erreur commise par le juge résulte de son application erronée, mais compréhensible, de larrêt de notre Cour *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337. S'estimant lié par cette décision, le juge du procès a exigé de l'appelant qu'il [TRADUCTION] « étaye par une preuve de fond » chacune des hypothèses factuelles que son avocat avait l'intention de soumettre à un témoin à charge en contre-interrogatoire. Comme l'a

change the well-established rule in this regard, and should not be understood to have added an evidentiary burden to the requirement of good faith that has long been considered the governing standard.

The Court of Appeal nonetheless concluded that the judge's misapplication of *Howard* could be cured by resort to the harmless error proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

With respect, we have reached a different conclusion.

First, because the trial judge's impugned ruling had an intimidating effect on defence counsel, disrupted the rhythm of her cross-examinations, and manifestly constrained their scope.

Second, because the ruling obliged defence counsel, against her wishes, to call police investigators as her own witnesses. The Crown was then permitted to cross-examine its own officers — while the appellant, having been obliged by a mistaken ruling to call them, was found to have thereby forfeited his statutory right to address the jury last.

In this latter regard, we do not think it necessary to consider here afresh whether it is generally an advantage to have the last word. Many able and experienced counsel — and others — certainly take that view. Moreover, the defence, where it calls no witnesses, is given that right by s. 651(3) of the *Criminal Code*. Here, the defence wished to exercise that right and was prevented from doing so by the judge's erroneous ruling in law.

For these reasons and those that follow, we have concluded that the trial judge's misapprehension of the governing principles of cross-examination had a fatal impact on the conduct of the defence and on the fairness of the trial.

clairement indiqué la Cour d'appel, il ne s'agit pas là du droit applicable : l'arrêt *Howard* n'a pas modifié la règle établie à cet égard et il n'a pas eu pour effet d'ajouter un fardeau de preuve à l'obligation de bonne foi qui est depuis longtemps considérée comme la norme applicable.

La Cour d'appel a néanmoins jugé qu'il était possible de remédier à l'application erronée de l'arrêt *Howard* par le juge du procès au moyen de l'exception relative aux erreurs sans conséquence prévue au sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

En toute déférence, nous arrivons à une conclusion différente, et ce pour les raisons suivantes.

Premièrement, la décision contestée du juge du procès a eu un effet inhibiteur sur l'avocate de la défense, elle a perturbé le rythme de ses contre-interrogatoires et elle a clairement limité leur portée.

Deuxièmement, la décision a obligé l'avocate de la défense à citer, bien malgré elle, les policiers enquêteurs comme témoins à décharge. Le ministère public a été autorisé à contre-interroger ses propres agents — alors que l'appelant, qui a été contraint de les assigner à cause d'une décision erronée, s'est de ce fait trouvé à renoncer au droit que la loi lui accorde de s'adresser au jury en dernier.

Pour ce qui est de ce dernier aspect, nous ne jugeons pas nécessaire, dans le présent pourvoi, de réexaminer la question de savoir s'il est en général avantageux de parler en dernier. Nombre d'avocats compétents et expérimentés — ainsi que d'autres personnes — sont assurément de cet avis. En outre, le par. 651(3) du *Code criminel* reconnaît expressément ce droit à la défense lorsqu'elle n'assigne aucun témoin. En l'espèce, la défense souhaitait exercer ce droit et elle en a été empêchée par la décision erronée en droit du juge.

Pour les motifs qui précèdent et pour ceux exposés ci-après, nous estimons que l'interprétation erronée par le juge du procès des principes régissant le contre-interrogatoire a eu des conséquences fatales sur la conduite de la défense et sur l'équité du procès.

- 11 In our respectful view, the appeal should therefore be allowed and a new trial ordered.

II. Facts

- 12 On February 19, 1999, Stephen Barnaby was viciously beaten by five men with baseball bats, four of them said to have been masked. He was found outside an apartment building, collapsed, shivering, with broken bones and with other severe injuries to his head and legs. He had no wallet, no house keys and no identification.

- 13 Barnaby told a uniformed officer, with whom he spoke briefly soon after the attack, that he had been beaten over a gold chain.

- 14 Detective Sean Lawson, initially assigned to the case, stated in his "Occurrence Report" that the attack was believed to be over a drug debt and the victim was being less than truthful. His suspicion in this regard was based on a conversation with Barnaby at the hospital, on the ferocity of the beating, on the fact that Barnaby had a drug-related conviction, and on other elements of Detective Lawson's own preliminary investigation.

- 15 On the following morning, referring to the Barnaby attack in his "Daily Major" report summarizing all serious crimes that had occurred during his shift, Detective-Sergeant Ian Ganson wrote: "believed to be [over] a drug debt [...] further inquiries". Ganson, it should be noted, never spoke directly with Barnaby. He merely relied, in the usual way, on information he had received from subordinate investigators and uniformed officers.

- 16 Lawson's "Occurrence Report" and Ganson's "Daily Major" report were disclosed to the defence

À notre humble avis, le pourvoi doit donc être accueilli et un nouveau procès doit être ordonné.

II. Faits

Le 19 février 1999, Stephen Barnaby a été sauvagement battu à coups de bâtons de baseball par cinq hommes, dont quatre étaient, dit-on, masqués. Il a été retrouvé à l'extérieur d'un immeuble d'habitation, inconscient, grelottant et souffrant de fractures et de blessures graves à la tête et aux jambes. Il n'avait sur lui ni portefeuille, ni clés de maison, ni pièces d'identité.

Monsieur Barnaby a dit à un policier en uniforme avec qui il s'est brièvement entretenu peu après l'agression qu'on l'avait battu à propos d'une chaîne en or.

Dans son [TRADUCTION] « Rapport circonstancié » (« *Occurrence Report* »), le détective Sean Lawson, initialement chargé de l'affaire, a écrit que l'attaque était selon lui reliée à une dette de drogue et que la victime ne disait pas toute la vérité. Le détective Lawson fondait ses soupçons à cet égard sur une conversation qu'il avait eue avec M. Barnaby à l'hôpital, sur la brutalité de la râclée, sur la déclaration de culpabilité prononcée antérieurement contre ce dernier pour une infraction liée à la drogue et sur d'autres éléments découverts au cours de ses démarches préliminaires.

Le lendemain matin, faisant état de l'agression commise contre M. Barnaby dans son [TRADUCTION] « Rapport quotidien sur les infractions graves » (« *Daily Major* »), lequel résume tous les crimes graves survenus pendant son quart de travail, le sergent-détective Ian Ganson a écrit ceci : [TRADUCTION] « [S]erait reliée à une dette de drogue [...] l'enquête se poursuit ». Il convient de souligner que le sergent-détective Ganson n'a jamais parlé directement à M. Barnaby. Il s'est simplement fié, comme à l'habitude, aux renseignements reçus d'enquêteurs subalternes et de policiers en uniforme.

Le « Rapport circonstancié » du détective Lawson et le « Rapport quotidien sur les infractions graves »

in a timely manner, as required by law. See *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Detective Michael Korb and his partner, Detective Martin Ottaway, took over the investigation the day after the attack and obtained a statement from Barnaby at the hospital. Korb and Ottaway were aware of the “drug deal gone bad” theory mentioned by Lawson and Ganson, but both testified that it did not influence their investigation. Unlike Lawson and Ganson, Korb and Ottaway believed Barnaby’s version of the assault and the reasons for it.

Barnaby, at a photographic line-up, identified the appellant as the unmasked attacker.

III. Proceedings Below

A. *Ontario Superior Court of Justice*

The appellant’s trial commenced, before judge and jury, on October 21, 1999.

Crown counsel was aware, from pre-trial discussions, of the defence theory that Barnaby’s beating related to an unpaid drug debt and that he had identified the appellant as his assailant to protect the real offenders — his associates in a drug ring.

Before opening his case, Crown counsel urged the trial judge to prohibit cross-examination along these lines in the absence of the “required” evidentiary foundation. In support of its position, the Crown relied on *Howard, supra*, and stated that neither Lawson nor Ganson would be called as Crown witnesses.

Throughout the ensuing *voir dire*, the trial judge made it clear that, on his view of the law, the defence could only proceed with its proposed cross-examination if it provided “substantive evidence”

du sergent-détective Ganson ont, comme l’exige la loi, été communiqués à la défense en temps utile. Voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

Le lendemain de l’attaque, le détective Michael Korb et son coéquipier, le détective Martin Ottaway, ont pris l’enquête en main et obtenu une déclaration de M. Barnaby à l’hôpital. Messieurs Korb et Ottaway étaient au courant de la thèse de la [TRADUCTION] « transaction de drogue ayant mal tourné » mentionnée par MM. Lawson et Ganson, mais ils ont tous les deux témoigné que cette thèse n’avait pas influencé leur enquête. Contrairement à leurs collègues, MM. Korb et Ottaway ont prêté foi à la version de M. Barnaby au sujet de l’agression et aux raisons qu’il a données à cet égard.

Lors d’une séance d’identification photographique, M. Barnaby a identifié l’appelant comme étant l’agresseur non masqué.

III. Historique des procédures

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario*

Le procès de l’appelant devant juge et jury a débuté le 21 octobre 1999.

L’avocat du ministère public avait pris connaissance, au cours de discussions préalables au procès, de la thèse de la défense suivant laquelle M. Barnaby aurait été battu à cause d’une dette de drogue et aurait identifié l’appelant comme étant son agresseur afin de protéger les véritables malfaiteurs — ses associés au sein d’un réseau de trafiquants de drogue.

Avant de présenter sa preuve, l’avocat du ministère public a demandé au juge du procès d’interdire tout contre-interrogatoire à ce propos, vu l’absence du fondement de preuve [TRADUCTION] « requis ». Au soutien de sa demande, le ministère public a invoqué larrêt *Howard*, précité, et déclaré que ni le détective Lawson ni le sergent-détective Ganson ne seraient cités comme témoins à charge.

Tout au long du voir-dire ayant suivi cette demande, le juge du procès a clairement indiqué que, suivant son interprétation du droit, la défense ne pouvait procéder au contre-interrogatoire projeté

17

18

19

20

21

22

of its “drug debt” theory. The following exchange is illustrative:

THE COURT: She is under no obligation at this point to advise as to the nature of her defence or what evidence she intends to call, but the law is quite clear that if you are making an allegation of that nature and of that substance, that you are required then to commit to leading some evidence in that regard. Is that your intention, madam, or . . .

MS. ROBB [Defence counsel]: Your . . . Honour, my friend's well aware of the evidence. I didn't dream this up on my own. The investigating officers, within moments at arriving at the scene, checked CPIC and made notations to the effect that they didn't believe this was over a gold chain. They believed it was over a drug deal gone bad. That's where this came from, from the Crown's disclosure. [Emphasis added.]

23 When defence counsel refused to give an undertaking to present an evidentiary foundation for the proposed cross-examination, the trial judge repeated the constraint he was placing on the cross-examination of Crown witnesses:

MS. ROBB: Well, I mean you have to see my position, Your Honour. I can't investigate, prosecute, and prove Mr. Barnaby's a drug dealer. I'm not in a position to do that. The defence theory is that this man made up Mr. Lytle as the attacker to protect himself from the people that beat him up because he didn't pay the money for drugs. That's the defence theory.

THE COURT: Well, he can give that evidence, not — you have no obligation to tell us whether you are calling him or not. But I can only tell you the law is that if you are going to make those allegations by cross-examining, in the course of cross-examination of the Crown witnesses, you had better follow up with substantive evidence. That is the law. [Emphasis added.]

24 In his preliminary ruling, later often repeated, the trial judge warned defence counsel that there was a danger of a mistrial if she put the “drug debt” allegations to the Crown witnesses and then failed to provide what he considered to be the necessary evidentiary support:

que si elle fournissait une « preuve de fond » étayant sa thèse de la « dette de drogue ». L'échange suivant illustre la position du juge :

[TRADUCTION] LA COUR : Elle n'a aucune obligation à ce moment-ci de révéler la nature de sa défense ou les éléments de preuve qu'elle entend présenter, mais le droit est très clair, si une allégation de cette nature est formulée, il faut s'engager à produire certains éléments de preuve à cet égard. Est-ce là votre intention, madame, ou . . .

M^{ME} ROBB [avocate de la défense]: Votre [. . .] Seigneurie, mon confrère est bien au fait de la preuve. Je n'ai rien inventé. Dans les instants qui ont suivi leur arrivée sur les lieux, les enquêteurs ont interrogé le CIPC et ont noté qu'ils ne croyaient pas que l'agression avait pour objet une chaîne en or. Ils estimaient qu'une transaction de drogue ayant mal tourné était à l'origine de l'agression. C'est de là que ça vient, de la preuve communiquée par le ministère public. [Nous soulignons.]

Lorsque l'avocate de la défense a refusé de s'engager à présenter un fondement de preuve au soutien du contre-interrogatoire qu'elle projetait de mener, le juge du procès a réitéré les limites qu'il imposait à l'égard du contre-interrogatoire des témoins à charge :

[TRADUCTION] M^{ME} ROBB : Bien, vous devez comprendre ma position, votre Seigneurie. Je ne peux enquêter sur M. Barnaby, intenter des poursuites contre lui et prouver qu'il est un trafiquant de drogue. Je ne suis pas en mesure de faire ça. La thèse de la défense est que cet homme a inventé le fait que M. Lytle soit son agresseur afin de se protéger contre ceux qui l'ont battu parce qu'il n'a pas versé l'argent de drogues. Voilà la thèse de la défense.

LA COUR : Bien il peut fournir cette preuve, non — vous n'êtes pas obligée de nous dire si vous l'assignez ou non. Tout ce que je peux vous dire, c'est que le droit prévoit que si vous êtes pour faire ces allégations en contre-interrogatoire, dans le cours du contre-interrogatoire des témoins à charge, vous avez tout intérêt à les étayer ensuite par une preuve de fond. C'est le droit applicable. [Nous soulignons.]

Dans sa décision préliminaire, ainsi qu'à plusieurs reprises par la suite, le juge du procès a prévenu l'avocate de la défense du risque d'annulation du procès si elle faisait état aux témoins à charge des allégations relatives à la « dette de drogue » et si elle ne fournissait pas ultérieurement le fondement de preuve qu'il estimait nécessaire :

[THE COURT]: The answer is, if you are indicating that the questions are necessary to your defence, and that you will comply with the rule in *R. v. Howard*, and cases going back as far as *Browne* and *Dunn*, then I will certainly allow you to ask them, but there better be the follow-up at some point down the road.

MS. ROBB: All right. At this point when the Crown calls its first witness, regardless of follow-up, am I allowed to ask about the CPIC?

THE COURT: Yes. Certainly.

MS. ROBB: So, the only question you're saying I can't ask is to the victim?

THE COURT: I am not — no, you misunderstood me entirely. I am not saying you can or cannot ask any questions. It is your case, it is your defence, you conduct it as you see fit. I am just saying that there will be strict adherence to the rules of evidence, which require that if you ask a question of the nature we have discussed, that, at some point, you are required to produce some foundation or substantive basis for asking that question. You cannot simply pick out of the air an allegation of that nature and hope that it will persuade the jury. There has to be factual underpinning for it. And that if it comes later in the trial, fine, no problem . . .

. . . you have done your duty.

But if it does not come, then you are subject to an application by the Crown for a mistrial. [Emphasis added.]

Later that same day, the submissions on the defence theory continued. The trial judge settled the issue by reiterating his previous ruling:

[THE COURT]: All right, we are going to handle this in the same way we are handling the other issue that we discussed at length this morning. You will be permitted to ask those questions. If you fail to follow-up, and under the *R. v. Howard* case you are obligated to, I presume by now you have read it. I will quote, just to deal with that

[TRADUCTION] [LA COUR] : La réponse est que, si vous affirmez que les questions sont nécessaires à votre défense et que vous allez vous conformer à la règle établie dans *R. c. Howard*, et à des décisions remontant aussi loin que l'arrêt *Browne* et *Dunn*, je vais alors certainement vous autoriser à les poser, mais il vaut mieux que la preuve requise suive à un moment donné.

M^{ME} ROBB : D'accord. À ce moment-ci, lorsque le ministère public appellera son premier témoin, indépendamment de la preuve à apporter plus tard, suis-je autorisée à le questionner au sujet du CIPC?

LA COUR : Oui, certainement.

M^{ME} ROBB : Donc, vous dites que la seule question que je ne peux poser s'adresse à la victime?

LA COUR : Je ne — non, vous ne m'avez pas compris du tout. Je ne dis pas que vous pouvez poser des questions ou que vous ne pouvez pas le faire. C'est votre cause, c'est votre défense, vous la menez comme bon vous semble. Je dis simplement qu'il y aura application stricte des règles de preuve, lesquelles exigent que si vous posez une question de la nature de celle dont nous avons discuté, vous êtes tenue, à un moment donné, de produire des éléments de preuve de fond étayant cette question. Vous ne pouvez tout simplement pas soulever comme ça une allégation de cette nature et espérer qu'elle convainque le jury. Cette allégation doit avoir un fondement factuel. Si ce fondement est établi plus tard au cours du procès, alors tout va bien, aucun problème . . .

. . . vous avez satisfait à votre obligation.

Mais s'il ne l'est pas, vous vous exposez à une demande d'annulation du procès par le ministère public. [Nous soulignons.]

Plus tard le même jour, la présentation des observations sur la thèse de la défense s'est poursuivie. Le juge du procès a tranché la question en réitérant sa décision antérieure :

[TRADUCTION] [LA COUR] : Bon, nous allons régler ça de la même manière que nous avons réglé l'autre question dont nous avons discuté en profondeur ce matin. Vous serez autorisée à poser ces questions. Si vous ne présentez pas les éléments de preuve requis, et suivant l'arrêt *R. c. Howard* vous êtes tenue de le faire, je

issue briefly, from page [1347] of the Judgment by Mr. Justice Lamer where he says quite clearly:

"It is not open to the examiner or cross-examiner to put as a fact, or even a hypothetical fact, that which is not and will not become part of the case as admissible evidence."

MS. ROBB: Okay, Your Honour

THE COURT: So, there is your directive. If you fail to abide by that directive, there will be consequences. [i.e., a mistrial]

26 Near the end of the examination-in-chief of Ottaway, the second Crown witness, defence counsel expressed concern over the trial judge's ruling and raised the issue of a mistrial. In the absence of the jury, Ms. Robb indicated that she intended to pursue the "drug debt" theory in cross-examination and sought reassurance that in the event the Crown did ask for a mistrial, she would be permitted to address the court. The trial judge confirmed that the defence would be given such an opportunity and stated:

THE COURT: . . . You will be permitted to ask whatever questions you think are relevant to the defence of your client, and I will simply apply the rules of evidence, if, at some later [time] in the trial, you do not produce substantive evidence to — which, looking back, would have warranted that question and that suggestion to the witness. Now, we are going to leave it at that. We are going to bring the jury in. Let us get on with the trial.

I ask you, before they come in, Ms. Robb, to simply read the decision of Mr. Justice Darichuk in the Manitoba . . . Queen's Bench [*R. v. Evans* (1994), 93 Man. R. (2d) 77]. . . . He quite clearly says:

"Does the right of cross-examination encompass the right to assert specific factual suggestions without confirmation from counsel that the matters suggested are or will be part of his or her case, and that evidence will be led on that subject? I think not."

27 The issue of the foundation for the defence theory arose again during the cross-examination of Ottaway. In order to avoid the possibility of a mistrial should defence counsel not abide by his ruling, the trial judge conducted a second *voir dire*, this

présume que vous l'avez lu depuis. Je citerai, juste pour régler rapidement cette question, cet extrait de la page [1347] du jugement du juge Lamer, où celui-ci dit très clairement :

« Celui qui interroge ou contre-interroge ne peut pas présenter comme un fait, ni même comme un fait hypothétique, ce qui ne fait pas partie et ne fera pas partie des éléments admissibles et mis en preuve. »

M^{ME} ROBB : D'accord, votre Seigneurie

LA COUR : Voilà donc votre directive. Si vous ne vous y soumettez pas, il y aura des conséquences. [c.-à-d. l'annulation du procès]

Peu avant la fin de l'interrogatoire principal de M. Ottaway, le deuxième témoin à charge, l'avocate de la défense a exprimé certaines inquiétudes à l'égard de la décision du juge du procès et elle a soulevé la question de l'annulation du procès. En l'absence du jury, M^{me} Robb a précisé qu'elle entendait continuer à parler de la thèse de la dette de drogue lors du contre-interrogatoire et elle a demandé l'assurance que, si le ministère public sollicitait l'annulation du procès, elle serait autorisée à s'adresser au tribunal. Le juge du procès a confirmé que la défense aurait cette possibilité et il a déclaré ceci :

[TRADUCTION] LA COUR : . . . Vous serez autorisée à poser toutes les questions que vous estimez pertinentes pour la défense de votre client, et je ne ferai qu'appliquer les règles de preuve si, plus tard au cours du procès, vous ne présentez pas la preuve de fond afin — qui, avec le recul, aurait justifié cette question et cette suggestion au témoin. Bon nous allons nous arrêter là. Nous allons rappeler le jury. Continuons le procès.

Je vous demande simplement, avant qu'ils n'entrent, M^{me} Robb, de lire la décision de Monsieur le juge Darichuk, de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba [*R. c. Evans* (1994), 93 Man. R. (2d) 77]. [.] Il dit très clairement :

« Le droit de contre-interroger emporte-t-il celui d'avancer des faits précis sans confirmation par l'avocat que les points mentionnés font ou feront partie de sa thèse et que des éléments de preuve seront produits à ce sujet? Je ne crois pas. »

La question du fondement de preuve requis au soutien de la thèse de la défense s'est de nouveau soulevée pendant le contre-interrogatoire de M. Ottaway. Pour éviter que le procès ne soit annulé au cas où l'avocate de la défense ne se conformerait

time to determine the nature of the facts that would in his view warrant defence counsel's proposed cross-examination. Ottaway and Lawson were called to testify.

On the *voir dire*, the trial judge asked who would call Lawson. Obviously resigned to the trial judge's treatment of *Howard*, defence counsel replied, "Well, if my friend is not gonna call Officer Lawson, I will."

The trial judge considered that Lawson's testimony would provide what he saw as the "substantive evidence" requirement. And it was on this basis that he ultimately permitted the defence to cross-examine Crown witnesses with respect to its "drug debt" theory.

After Ottaway's evidence, and once the jury was excused, the trial judge returned to the evidentiary basis for defence counsel's cross-examination:

THE COURT: Just before we leave. Apropos and flowing from my ruling with respect to cross-examination, Ms. Robb, I noticed [on] a number of occasions you put questions to this witness, 1) inquiring as to whether he'd seen a BMW in the driveway; 2) whether he checked the owners of all the cars that they took the license plates from; 3) with respect to whether they saw a Maxima in the driveway; 4) whether Ms. Veta Smith had any outstanding charges for importing and 5) suggesting that there were many other suspects . . . that they investigated. These are all questions of the same nature as the one that you wanted to ask with respect to the drug deal situation. I assume you are going to be leading evidence with regard to these various items or there will be evidence coming out. There was no objection taken by your friend and they are not, of course, as egregious or perhaps as important to your defence as the drug related thing and I've given you the latitude to ask those questions but, you have a tendency to ask questions, take a no answer. We wonder whether there will be evidence down the road to substantiate the finding of a BMW, for instance, in the driveway.

pas à sa décision, le juge du procès a tenu un second voir-dire afin de déterminer cette fois la nature des faits qui justifieraient à son avis le contre-interrogatoire projeté par l'avocate de la défense. MM. Ottaway et Lawson ont été appelés à témoigner.

Au cours du voir-dire, le juge du procès a demandé qui assignerait le détective Lawson. Manifestement résignée à la façon dont le juge du procès appliquait l'arrêt *Howard*, l'avocate de la défense a répondu ceci : [TRADUCTION] « Bien, si mon confrère n'assigne pas l'agent Lawson, je le ferai. »

Le juge du procès estimait que le témoignage du détective Lawson apporterait ce qu'il considérait comme la « preuve de fond » requise et c'est sur ce fondement qu'il a fini par permettre à la défense de contre-interroger les témoins à charge à propos de sa thèse fondée sur la dette de drogue.

Après le témoignage de M. Ottaway et une fois le jury retiré, le juge du procès est revenu sur la question du fondement de preuve requis au soutien du contre-interrogatoire mené par l'avocate de la défense :

[TRADUCTION] LA COUR : Avant de quitter. À propos de ma décision concernant le contre-interrogatoire, M^{me} Robb, j'ai remarqué qu'à de nombreuses occasions vous avez posé à ce témoin des questions 1) lui demandant s'il avait vu une BMW dans l'entrée de l'immeuble, 2) s'il avait vérifié l'identité des propriétaires de tous les véhicules dont ils avaient relevé le numéro d'immatrication, 3) s'ils avaient vu une Maxima dans l'entrée de l'immeuble, 4) si des accusations d'importation pesaient contre M^{me} Veta Smith et 5) suggérant que beaucoup d'autres suspects [...] avaient fait l'objet d'une enquête. Ce sont toutes des questions de la nature de celle que vous vouliez poser au sujet de la [transaction] de drogue. Je présume que vous allez présenter des éléments de preuve concernant ces différents points ou que des éléments de preuve se feront jour. Aucune objection n'a été soulevée par votre confrère et ces points ne sont pas aussi sérieux ou peut-être pas aussi importants pour votre défense que la thèse de la drogue, et je vous ai donné la latitude nécessaire pour poser ces questions, mais vous avez tendance à poser des questions, et à vous contenter d'un non comme réponse. Nous nous demandons si vous présenterez des éléments de preuve qui, par exemple, confirmeront la présence d'une BMW dans l'entrée de l'immeuble.

28

29

30

MS. ROBB: Well, Your Honour, I got . . . [that from the Crown's disclosure].

THE COURT: Technically, under the Rule you can't simply leave that hanging as you have.

31 When defence counsel later advised the court that she wished to address the jury last and did not wish to be forced to forego this right by calling evidence, the trial judge stated:

THE COURT: . . . Madam. I'm going to ask you not to use that terminology again. The Crown is not forcing you to call Lawson. The reason I am suggesting you must call Lawson is because you committed to call Lawson freely during the course of a *voir dire* in which you won the day and your point prevailed to a great extent upon the commitment you made to the court that you would call Lawson so that you would have the opportunity to abide by the Howard principle that if you are going to cross-examine in this particular area you have to produce, as the Crown says, "the beef". [Emphasis added.]

32 Defence counsel then asked the trial judge to himself call Lawson as a witness in accordance with *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, but the judge refused to do so.

33 As a result, Lawson and Ganson were called by the defence, and the appellant lost his statutory right to address the jury last. On cross-examination by the Crown, Lawson and Ganson described their "drug debt" suppositions as initial theories or "hunches" which appeared, they said, to have been disproved by further police investigation.

34 The defence did not present any other evidence.

35 The appellant was convicted of robbery, assault causing bodily harm, kidnapping and possession of a dangerous weapon.

B. *Ontario Court of Appeal* (2002), 61 O.R. (3d) 97

36 On appeal to the Ontario Court of Appeal, the court found that the trial judge had erred in applying

M^{ME} ROBB : Bien, votre Seigneurie, j'ai tiré [. . .] [cela de la preuve communiquée par le ministère public].

LA COUR : Techniquement, suivant la Règle, vous ne pouvez pas simplement laisser cette question en suspens comme vous l'avez fait.

Lorsque, plus tard, l'avocate de la défense a dit au tribunal qu'elle souhaitait s'adresser au jury en dernier et qu'elle ne voulait pas être obligée de renoncer à ce droit en produisant des éléments de preuve, le juge du procès a déclaré ceci :

[TRADUCTION] LA COUR : Madame, je vais vous demander de ne plus utiliser cette terminologie. Le ministère public ne vous oblige pas à assigner Lawson. La raison pour laquelle j'affirme que vous devez assigner Lawson est que vous vous êtes engagée de plein gré à l'assigner au cours d'un voir-dire où vous avez eu gain de cause, et votre argument a prévalu en grande partie parce que vous vous êtes engagée envers le tribunal à assigner Lawson, afin d'être en mesure de vous conformer au principe établi dans l'arrêt *Howard* qui requiert que, si vous entendez contre-interroger sur ce sujet en particulier, vous devez, comme le dit le ministère public, livrer « la marchandise ».

L'avocate de la défense a alors demandé au juge du procès de citer lui-même M. Lawson comme témoin, conformément à l'arrêt *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, mais le juge a refusé.

Par conséquent, MM. Lawson et Ganson ont été assignés par la défense et l'appelant a perdu le droit que lui reconnaît la loi de s'adresser au jury en dernier. Durant le contre-interrogatoire mené par le ministère public, MM. Lawson et Ganson ont présenté leurs hypothèses sur la « dette de drogue » comme étant des théories de départ ou des « intuitions » qui, ont-ils dit, se sont révélées non fondées lorsque la police a poussé son enquête.

La défense n'a présenté aucun autre élément de preuve.

L'appelant a été déclaré coupable de vol qualifié, de voies de fait causant des lésions corporelles, d'enlèvement et de possession d'arme dangereuse.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2002), 61 O.R. (3d) 97

L'appelant a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a estimé que le juge du procès avait

Howard, but that the verdict could be saved, and the appeal dismissed, by resort to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Delivering the judgment of the court, Carthy J.A. concluded (at para. 11) that the broad rule enunciated by Lamer J. (as he then was) in *Howard* had no application in the circumstances of this case as it was intended to apply only with respect to the cross-examination of expert witnesses:

Lamer J. could not have been intending to lay down a broad rule encompassing all forms of cross-examination and to be overruling well-established authorities of this court and others without referring to them. The implications of such a strict rule would pervade and restrict all traditional cross-examinations containing any element of speculation.

Carthy J.A. found, correctly in our view, that *Howard* did not overrule *R. v. Bencardino* (1973), 15 C.C.C. (2d) 342 (Ont. C.A.), which stood for the principle that counsel can cross-examine on matters he or she may not be able to prove directly so long as counsel had a good faith basis for asking the question. He also referred to *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, and noted, at para. 19, that:

[T]he general rule is for a broad right of cross-examination unconstrained by direct relevance to issues and then a narrower right, but not a compulsion, to rebut with further evidence if the issue is not collateral.

The Court of Appeal held that the trial judge had erred in requiring defence counsel to undertake to call evidence to support her “drug debt” theory as a condition for permitting cross-examination on that subject.

The court was satisfied, however, that this error had occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and dismissed the appeal.

commis une erreur en appliquant l’arrêt *Howard*, mais que le verdict pouvait être maintenu et l’appel pouvait être rejeté en recourant au sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

37

Prononçant le jugement de la Cour d’appel, le juge Carthy a conclu (au par. 11) que la règle générale énoncée par le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Howard* ne s’appliquait pas dans les circonstances de l’espèce, car cette règle ne visait que le contre-interrogatoire des témoins experts :

[TRADUCTION] Le juge Lamer ne saurait avoir eu l’intention d’établir une règle générale applicable à toutes les formes de contre-interrogatoire et d’écartier les précédents bien établis de notre cour et d’autres tribunaux sans les mentionner. Les incidences d’une règle aussi stricte s’étendraient à tous les contre-interrogatoires traditionnels comportant un élément de spéculation et en restreindraient la portée.

38

Le juge Carthy a estimé, à juste titre selon nous, que l’arrêt *Howard* n’écartait pas l’arrêt *R. c. Bencardino* (1973), 15 C.C.C. (2d) 342 (C.A. Ont.), lequel étaye le principe qu’un avocat peut contre-interroger le témoin sur des points qu’il n’est peut-être pas en mesure de prouver directement, pourvu qu’il pose ses questions en toute bonne foi. Il a aussi fait état de l’arrêt *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, et mentionné ceci, au par. 19 :

[TRADUCTION] [L]a règle générale reconnaît un large droit de contre-interroger qui n'est pas subordonné à une exigence de pertinence directe des questions avec les points en litige, puis un droit plus limité, qui n'est toutefois pas une obligation, de réfuter les dires du témoin par d'autres éléments de preuve s'il ne s'agit pas d'une question incidente.

39

La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en imposant à l’avocate de la défense, comme préalable au contre-interrogatoire relatif à sa thèse de la « dette de drogue », qu’elle s’engage à présenter des éléments de preuve au soutien de celle-ci.

40

Cependant, convaincue que cette erreur n'avait entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, la Cour d’appel a débouté l’appelant.

IV. Discussion

- 41 As mentioned at the outset, the right of an accused to cross-examine prosecution witnesses without significant and unwarranted constraint is an essential component of the right to make a full answer and defence. See *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608, *per* McLachlin J. (as she then was):

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution. . . . In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. [Emphasis added.]

- 42 In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. reviewed the relevant authorities and, at p. 663, explained why cross-examination plays such an important role in the adversarial process, particularly, though of course not exclusively, in the context of a criminal trial:

There can be no question of the importance of cross-examination. It is of essential importance in determining whether a witness is credible. Even with the most honest witness cross-examination can provide the means to explore the frailties of the testimony. For example, it can demonstrate a witness's weakness of sight or hearing. It can establish that the existing weather conditions may have limited the ability of a witness to observe, or that medication taken by the witness would have distorted vision or hearing. Its importance cannot be denied. It is the ultimate means of demonstrating truth and of testing veracity. Cross-examination must be permitted so that an accused can make full answer and defence. The opportunity to cross-examine witnesses is fundamental to providing a fair trial to an accused. This is an old and well-established principle that is closely linked to the presumption of innocence. See *R. v. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (Man. C.A.); *R. v. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (Man. C.A.); *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119 (Que. Q.B.); *R. v. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (Ont. C.A.).

- 43 Commensurate with its importance, the right to cross-examine is now recognized as being protected

IV. Analyse

Comme il a été mentionné au départ, le droit d'un accusé de contre-interroger les témoins à charge, sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées, est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. Voir l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) :

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite. [. . .] Bref, la dénégation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. [Nous soulignons.]

Dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory a examiné la jurisprudence pertinente et, à la p. 663, il a expliqué pourquoi le contre-interrogatoire joue un rôle aussi important dans le processus de débat contradictoire, particulièrement — mais évidemment pas seulement — dans les procès criminels :

Le contre-interrogatoire a une importance incontestable. Il remplit un rôle essentiel dans le processus qui permet de déterminer si un témoin est digne de foi. Même lorsqu'il vise le témoin le plus honnête qui soit, il peut permettre de jauger la fragilité des témoignages. Il peut servir, par exemple, à montrer le handicap visuel ou auditif d'un témoin. Il peut permettre d'établir que les conditions météorologiques pertinentes ont pu limiter la capacité d'observation d'un témoin, ou que des médicaments pris par le témoin ont pu avoir un effet sur sa vision ou son ouïe. Son importance ne peut être mise en doute. C'est le moyen par excellence d'établir la vérité et de tester la véracité. Il faut autoriser le contre-interrogatoire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière. La possibilité de contre-interroger les témoins constitue un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Il s'agit d'un principe ancien et bien établi qui est lié de près à la présomption d'innocence. Voir les arrêts *R. c. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (C.A. Man.); *R. c. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (C.A. Man.); *Abel c. La Reine* (1955), 23 C.R. 163 (B.R. Qué.); et *R. c. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (C.A. Ont.).

Vu son importance, le droit de contre-interroger est maintenant reconnu comme un droit protégé par

by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. See *Osolin, supra*, at p. 665.

The right of cross-examination must therefore be jealously protected and broadly construed. But it must not be abused. Counsel are bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation, repetitiousness or, more generally, from putting questions whose prejudicial effect outweighs their probative value. See *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.); *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.); *Osolin, supra*.

Just as the right of cross-examination itself is not absolute, so too are its limitations. Trial judges enjoy, in this as in other aspects of the conduct of a trial, a broad discretion to ensure fairness and to see that justice is done — and seen to be done. In the exercise of that discretion, they may sometimes think it right to relax the rules of relevancy somewhat, or to tolerate a degree of repetition that would in other circumstances be unacceptable. See *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 925.

This appeal concerns the constraint on cross-examination arising from the ethical and legal duties of counsel when they allude in their questions to disputed and unproven facts. Is a good faith basis sufficient or is counsel bound, as the trial judge held in this case, to provide an evidentiary foundation for the assertion?

Unlike the trial judge, and with respect, we believe that a question can be put to a witness in cross-examination regarding matters that need not be proved independently, provided that counsel has a good faith basis for putting the question. It is not uncommon for counsel to believe what is in fact true, without being able to prove it otherwise than by cross-examination; nor is it uncommon for

l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir l'arrêt *Osolin*, précité, p. 665.

Le droit de contre-interroger doit donc être protégé jalousement et être interprété généreusement. Il ne doit cependant pas être exercé de manière abusive. Les avocats sont liés par les règles de la pertinence et il leur est interdit de harceler le témoin, de faire des déclarations inexactes, de se répéter inutilement ou, de façon plus générale, de poser des questions dont l'effet préjudiciable excède la valeur probante. Voir *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A. Ont.); *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (C.A. Ont.); *Osolin*, précité.

Tout comme le droit de contre-interroger n'est pas lui-même absolu, les limites dont il est assorti ne le sont pas elles non plus. Le juge du procès jouit, à cet égard comme dans d'autres aspects de la conduite d'un procès, d'un large pouvoir discrétionnaire lui permettant d'assurer l'équité de celui-ci et de voir à ce que justice soit rendue — et perçue comme l'ayant été. Il peut arriver que, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le juge estime approprié d'assouplir quelque peu les règles de la pertinence ou de tolérer un degré de répétition qui serait par ailleurs inacceptable dans d'autres circonstances. Voir *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 925.

Le présent pourvoi porte sur les contraintes que doivent respecter les avocats en raison de leurs obligations légales et déontologiques lorsque, en contre-interrogatoire, ils font allusion dans leurs questions à des faits contestés et non prouvés. La bonne foi de l'avocat est-elle suffisante ou ce dernier doit-il, comme a conclu le juge du procès en l'espèce, produire des éléments de preuve au soutien de ses affirmations?

En toute déférence, contrairement au juge du procès, nous croyons qu'il est possible de contre-interroger un témoin sur des points qui n'ont pas besoin d'être prouvés indépendamment, pourvu que l'avocat soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions. Il n'est pas inhabituel qu'un avocat prête foi à un fait qui est effectivement vrai, sans qu'il soit capable d'en faire la preuve autrement que par un

reticent witnesses to concede suggested facts — in the mistaken belief that they are already known to the cross-examiner and will therefore, in any event, emerge.

- 48 In this context, a “good faith basis” is a function of the information available to the cross-examiner, his or her belief in its likely accuracy, and the purpose for which it is used. Information falling short of admissible evidence may be put to the witness. In fact, the information may be incomplete or uncertain, provided the cross-examiner does not put suggestions to the witness recklessly or that he or she knows to be false. The cross-examiner may pursue any hypothesis that is honestly advanced on the strength of reasonable inference, experience or intuition. The purpose of the question must be consistent with the lawyer’s role as an officer of the court: to suggest what counsel genuinely thinks possible on known facts or reasonable assumptions is in our view permissible; to assert or to imply in a manner that is calculated to mislead is in our view improper and prohibited.

- 49 In *Bencardino, supra*, at p. 347, Jessup J.A. applied the English rule to this effect:

... whatever may be said about the forensic impropriety of the three incidents in cross-examination, I am unable to say any illegality was involved in them. As Lord Radcliffe said in *Fox v. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017 at p. 1023:

An advocate is entitled to use his discretion as to whether to put questions in the course of cross-examination which are based on material which he is not in a position to prove directly. The penalty is that, if he gets a denial or some answer that does not suit him, the answer stands against him for what it is worth.

- 50 More recently, in *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58, while recognizing the need for exceptional restraint in sexual assault cases,

contre-interrogatoire; il n’est pas non plus inhabituel qu’un témoin récalcitrant admette les faits qu’on lui suggère — croyant erronément que le contre-interrogateur les connaît déjà et que, en conséquence, leur existence va de toute façon être révélée.

Dans ce contexte, la « bonne foi » est fonction des renseignements dont dispose le contre-interrogateur, de l’opinion de celui-ci sur leur probable exactitude et du but de leur utilisation. Des renseignements qui ne constitueraient par ailleurs pas des éléments de preuve admissibles peuvent être présentés aux témoins. En fait, des renseignements peuvent avoir un caractère incomplet ou incertain, pourvu que le contre-interrogateur ne soumette pas au témoin des hypothèses qui soient inconsidérées ou qu’il sait être fausses. Le contre-interrogateur peut soulever toute hypothèse qu’il avance honnêtement sur la foi d’inférences raisonnables, de son expérience ou de son intuition. Le but de la question doit être compatible avec le rôle que joue l’avocat en tant qu’auxiliaire de justice : il est à notre avis permis à l’avocat de suggérer un fait qu’il considère sincèrement possible à la lumière de faits connus ou d’hypothèses raisonnables; il est toutefois inacceptable et interdit selon nous d’énoncer un fait ou de suggérer implicitement son existence dans le but de tromper.

Dans l’arrêt *Bencardino*, précité, p. 347, le juge Jessup de la Cour d’appel de l’Ontario a appliqué la règle anglaise sur la question :

[TRADUCTION] ... indépendamment du caractère malséant des trois incidents survenus lors du contre-interrogatoire, il m'est impossible de conclure qu'ils ont quoi que ce soit d'illégal. Comme l'a dit lord Radcliffe dans l'arrêt *Fox c. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017, p. 1023 :

Un avocat dispose de la latitude voulue pour poser, en contre-interrogatoire, des questions reposant sur des éléments d’information qu’il n’est pas en mesure de prouver directement. Le prix à payer est que, s’il obtient une dénégation ou une réponse qui ne lui convient pas, cette réponse joue contre lui pour ce qu’elle vaut.

Plus récemment, dans l’arrêt *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58, tout en reconnaissant l’exceptionnelle retenue dont doivent

Binnie J. reaffirmed, at paras. 121-22, the general rule that “in most instances the adversarial process allows wide latitude to cross-examiners to resort to unproven assumptions and innuendo in an effort to crack the untruthful witness . . .”. As suggested at the outset, however, wide latitude does not mean unbridled licence, and cross-examination remains subject to the requirements of good faith, professional integrity and the other limitations set out above (paras. 44-45). See also *Seaboyer*, *supra*, at p. 598; *Osolin*, *supra*, at p. 665.

A trial judge must balance the rights of an accused to receive a fair trial with the need to prevent unethical cross-examination. There will thus be instances where a trial judge will want to ensure that “counsel [is] not merely taking a random shot at a reputation imprudently exposed or asking a groundless question to waft an unwarranted innuendo into the jury box”. See *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469 (1948), at p. 481, *per* Jackson J.

Where a question implies the existence of a disputed factual predicate that is manifestly tenuous or suspect, a trial judge may properly take appropriate steps, by conducting a *voir dire* or otherwise, to seek and obtain counsel’s assurance that a good faith basis exists for putting the question. If the judge is satisfied in this regard and the question is not otherwise prohibited, counsel should be permitted to put the question to the witness.

Central to the trial judge’s ruling in this case was his understandable but mistaken view of *Howard*.

The Court of Appeal distinguished *Howard* on the basis that it applied only to expert witnesses.

faire montre les avocats dans les affaires d’agression sexuelle, le juge Binnie a réaffirmé, aux par. 121-122, la règle générale établissant « la grande latitude que, dans la plupart des cas, le processus contradictoire laisse aux contre-interrogateurs de recourir à des hypothèses et à des insinuations non prouvées pour tenter de désarçonner le témoin qui ment . . . ». Toutefois, comme il a été mentionné au départ, cette vaste latitude ne saurait être assimilée à la liberté d’action absolue et le contre-interrogatoire reste assujetti aux obligations de bonne foi et d’intégrité professionnelle ainsi qu’aux autres limites précisées plus tôt (par. 44-45). Voir également les arrêts *Seaboyer*, précité, p. 598, et *Osolin*, précité, p. 665.

Le juge du procès doit établir un juste équilibre entre le droit de l’accusé à un procès équitable et la nécessité d’empêcher la tenue d’un contre-interrogatoire contraire à l’éthique. Il surviendra en conséquence des cas où le juge du procès voudra s’assurer que [TRADUCTION] « l’avocat ne se contente pas simplement d’attaquer à l’aveuglette une réputation imprudemment compromise ou de poser une question non fondée afin de lancer une insinuation injustifiée à l’intention des jurés ». Voir *Michelson c. United States*, 335 U.S. 469 (1948), p. 481, le juge Jackson.

Lorsqu’une question implique l’existence d’une assise factuelle contestée et manifestement fragile ou suspecte, le juge du procès peut à bon droit prendre les mesures qui s’imposent — soit en tenant un *voir-dire* soit autrement — pour obtenir de l’avocat l’assurance qu’il pose la question de bonne foi. Si les assurances données à cet égard satisfont le juge et que la formulation de la question n’est pas prohibée pour une autre raison, l’avocat devrait être autorisé à poser la question au témoin.

Un aspect central de la décision du juge du procès en l’espèce est l’interprétation, par ailleurs compréhensible mais erronée, qu’il a donnée de l’arrêt *Howard*.

La Cour d’appel a déclaré l’arrêt *Howard* inapplicable à l’espèce pour le motif que cette décision ne viserait que les témoins experts.

51

52

53

54

- 55 In our respectful opinion, the *ratio of Howard* has been misunderstood and misapplied. *Howard* dealt essentially with the admissibility of evidence. Unfortunately, the reasons of Lamer J. have been applied beyond their context and the record in this case leaves no doubt that a misapprehension of *Howard* weighed heavily on the trial of the appellant.
- 56 In *Howard*, the accused and his co-accused had been tried jointly and found guilty of first degree murder. The Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in some respects and ordered a new trial. The co-accused pleaded guilty to second degree murder prior to the second trial. At the first trial, both the Crown and defence called footprint experts in order to establish or disprove, respectively, that the footprints found beside the body of the victim were those of the co-accused, a certain Trudel.
- 57 At the second trial, before the defence expert testified, the Crown sought the court's permission to ask the defence expert on cross-examination whether or not the fact that the co-accused had pleaded guilty to the murder and had accepted a statement of facts that put him at the scene of the crime would change the expert's opinion that the footprints were not those of the co-accused as he had testified at the first trial. The trial judge ruled that the Crown could ask the question. The defence chose not to call the expert.
- 58 The issue was whether or not the Crown was entitled to refer, in cross-examining the defence expert, to the guilty plea entered by the co-accused. It is in this context that *Howard* must be understood. The *ratio of Howard*, at p. 1348, is that counsel should not inject bias into the application of the witness's expertise by being told of, and asked to take into account, a fact that is corroborative of one of the alternatives he is asked to "scientifically determine":
- À notre humble avis, la *ratio decidendi* de l'arrêt *Howard* a été mal comprise et mal appliquée. Cet arrêt portait essentiellement sur l'admissibilité de la preuve. Malheureusement, les motifs du juge Lamer ont reçu une application débordant leur contexte et, en l'espèce, il ressort indubitablement du dossier que l'interprétation erronée de l'arrêt *Howard* a pesé lourd au procès de l'appelant.
- Dans l'arrêt *Howard*, l'accusé et son coaccusé ont été jugés ensemble et reconnus coupables de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis certaines erreurs et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le coaccusé a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré avant le second procès. Au cours du premier procès, le ministère public et la défense ont tous deux cité des experts en empreintes de pieds, pour déterminer si les empreintes relevées près du corps de la victime étaient celles du coaccusé, un certain Trudel.
- Au deuxième procès, avant que l'expert de la défense ne témoigne, le ministère public a sollicité du tribunal l'autorisation de demander à l'expert de la défense, en contre-interrogatoire, si le fait que le coaccusé avait plaidé coupable à l'accusation de meurtre et avait accepté un exposé des faits précisant qu'il se trouvait sur les lieux du crime modifiait l'opinion qu'il avait exprimée au premier procès, à savoir que les empreintes n'étaient pas celles du coaccusé. Le juge du procès a estimé que le ministère public pouvait poser la question. La défense a choisi de ne pas faire témoigner son expert.
- Il s'agissait de décider si l'avocat du ministère public avait le droit de parler du plaidoyer de culpabilité du coaccusé au cours du contre-interrogatoire du témoin expert de la défense. C'est dans ce contexte que l'arrêt *Howard* doit être interprété. Selon la *ratio decidendi* de l'arrêt *Howard*, exprimée à la p. 1348, les avocats ne doivent pas influencer l'application par le témoin expert de ses connaissances spécialisées en lui communiquant un fait qui corrobore l'une des possibilités qu'on lui demande d'"établir scientifiquement" et en lui demandant de prendre ce fait en considération :

Experts assist the trier of fact in reaching a conclusion by applying a particular scientific skill not shared by the judge or the jury to a set of facts and then by expressing an opinion as to what conclusions may be drawn as a result. Therefore, an expert cannot take into account facts that are not subject to his professional expert assessment, as they are irrelevant to his expert assessment; *a fortiori*, as injecting bias into the application of his expertise, he should not be told of and asked to take into account such a fact that is corroborative of one of the alternatives he is asked to scientifically determine. If the Crown experts had been told by the police when they were retained that Trudel had in fact confessed and that he acknowledged facts that established that it was his footprint, we would be left in doubt as to whether their conclusion is a genuine scientific conclusion. This is so because their expertise does not extend to Trudel's credibility, and what he admits to is totally irrelevant to what they were asked to do to help the Court, that is apply their scientific knowledge to the relevant "scientific facts", i.e., the moulds, etc.

Stated another way, the Crown should not have been authorized to ask the expert to take into account the co-accused's guilty plea or his adoption of the Crown's statement of facts. The Crown had not called the co-accused as a witness and as Lamer J. later pointed out, at p. 1349, "[a]t the next trial Trudel may be called, if the Crown so chooses, to testify to these facts that would tend to prove that [the expert] was wrong in his conclusion."

The source of the confusion in *Howard* may originate in the following remarks by Lamer J., at p. 1347:

The fact that Trudel had pleaded guilty and had acknowledged that the footprint was his was not at the time the question intended to be put to the expert, and was not going to become, a fact adduced in evidence; nor was it a fact that could fairly be inferred from the facts in evidence. It is not open to the examiner or cross-examiner to put as a fact, or even a hypothetical fact, that which is not and will not become part of the case as admissible evidence. [Emphasis added.]

The question that the Crown proposed to put to the expert in *Howard* would have circumvented the

Les experts aident le juge des faits à arriver à une conclusion en appliquant à un ensemble de faits des connaissances scientifiques particulières, que ne possèdent ni le juge ni le jury, et en exprimant alors une opinion sur les conclusions que l'on peut en tirer. Par conséquent, un expert ne peut pas tenir compte de faits qui ne sont pas soumis à son examen à titre d'expert professionnel, car ils n'ont pas de rapport avec son examen d'expert; à fortiori, on ne devrait pas lui communiquer ni lui demander de prendre en considération un fait qui corrobore l'une des possibilités qu'on lui demande d'établir scientifiquement car cela fausserait l'expertise elle-même. Si les policiers avaient dit aux experts de la poursuite, lorsqu'on avait retenu leurs services, que Trudel avait avoué et qu'il reconnaissait les faits qui établissaient qu'il s'agissait de ses empreintes de pieds, il nous faudrait nous demander si leur conclusion est vraiment scientifique. Il en est ainsi parce que leur domaine d'expertise ne s'étend pas à la crédibilité de Trudel et que ce qu'il a admis n'a absolument rien à voir avec ce qu'on leur a demandé de faire pour aider la Cour, c'est-à-dire d'appliquer leurs connaissances scientifiques aux « faits scientifiques » pertinents, à savoir les moules, etc.

59

Autrement dit, le ministère public n'aurait pas dû être autorisé à demander à l'expert de prendre en considération le plaidoyer de culpabilité du coaccusé ou le fait que ce dernier avait souscrit à l'exposé des faits du ministère public. Celui-ci n'avait pas cité le coaccusé comme témoin et, comme le juge Lamer l'a ensuite souligné à la p. 1349, « [d]ans le cadre du nouveau procès, le ministère public peut, s'il le souhaite, appeler Trudel à témoigner sur les faits qui tendraient à prouver que [l'expert] s'est trompé dans sa conclusion. »

60

Les remarques suivantes du juge Lamer, à la p. 1347 de l'arrêt *Howard*, pourraient être à l'origine de la confusion :

Le fait que Trudel avait plaidé coupable et avait reconnu que les empreintes de pieds étaient les siennes n'était pas un fait présenté en preuve à l'époque où l'on voulait poser la question à l'expert et n'allait pas le devenir par la suite. Ce n'était pas non plus un fait qu'on pouvait vraiment déduire des faits soumis en preuve. Celui qui interroge ou contre-interroge ne peut pas présenter comme un fait, ni même comme un fait hypothétique, ce qui ne fait pas partie et ne fera pas partie des éléments admissibles et mis en preuve. [Nous soulignons.]

61

Dans l'arrêt *Howard*, la question que le ministère public se proposait de poser à l'expert lui aurait

rules of evidence. Trudel had not testified and his guilty plea was not adduced in evidence. The question and answer were irrelevant to the validity of the expert's opinion and therefore inadmissible. There is a crucial difference between questions put on cross-examination that relate to and rely on inadmissible evidence and cross-examination on unproven facts. See P. M. Brauti, "Improper Cross-Examination" (1998), 40 *Crim. L.Q.* 69, at p. 91.

permis de contourner les règles de preuve. Trudel n'avait pas témoigné et son plaidoyer de culpabilité n'était pas soumis en preuve. La question et la réponse étaient sans rapport avec la validité de l'opinion de l'expert et elles étaient par conséquent inadmissibles. Il existe une différence fondamentale entre le fait de poser, en contre-interrogatoire, des questions qui portent et reposent sur des éléments de preuve inadmissibles et le fait de contre-interroger un témoin sur des faits non établis. Voir P. M. Brauti, « Improper Cross-Examination » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 69, p. 91.

62 Rather than confining *Howard* to the admissibility of evidence as Finlayson J.A. did in *R. v. Norman* (1993), 16 O.R. (3d) 295 (C.A.), at p. 310, trial and appellate courts, as illustrated in this appeal, have not infrequently interpreted *Howard* as standing for a broad proposition that restricts cross-examination to questions based on facts established in evidence. See *R. v. Fiqia* (1993), 145 A.R. 241 (C.A.), at paras. 44-50; *R. v. Fickes* (1994), 132 N.S.R. (2d) 314 (C.A.), at paras. 9-10.

Au lieu de restreindre l'arrêt *Howard* à l'admissibilité de la preuve, ainsi que l'a fait le juge Finlayson dans l'arrêt *R. c. Norman* (1993), 16 O.R. (3d) 295 (C.A.), p. 310, il est arrivé assez fréquemment, comme en témoigne le présent pourvoi, que des tribunaux de première instance et d'appel tirent de cet arrêt la proposition générale voulant que les seules questions autorisées en contre-interrogatoire soient celles portant sur les faits étayés par la preuve. Voir *R. c. Fiqia* (1993), 145 A.R. 241 (C.A.), par. 44-50; *R. c. Fickes* (1994), 132 N.S.R. (2d) 314 (C.A.), par. 9-10.

63 The conclusion that *Howard* mandates or authorizes the requirement of an evidentiary foundation for every factual suggestion put to a witness (expert or not) in cross-examination is misplaced. *Howard* cannot be invoked for this purpose. It is unlikely that the Court intended to add an evidentiary requirement to the foundation for cross-examination and thus limit the scope of cross-examination which had been developed by the long history of the common law and accompanying jurisprudence. *Howard* therefore cannot be accepted as an authority beyond the *ratio* of that case which concerned the admissibility of certain evidence.

La conclusion selon laquelle l'arrêt *Howard* a pour effet d'exiger, ou de permettre au tribunal d'exiger, un fondement de preuve à l'égard de chaque fait soumis à un témoin (expert ou non) en contre-interrogatoire est injustifiée. Cet arrêt ne peut être invoqué au soutien d'une telle proposition. Il est peu probable que la Cour ait voulu ajouter un fardeau de preuve aux exigences déjà applicables au contre-interrogatoire et ainsi limiter la portée de celui-ci, portée qui avait évolué au fil de la longue histoire de la common law et de la jurisprudence pertinente. On ne saurait donc accepter que l'arrêt *Howard*, qui portait sur l'admissibilité de certains éléments de preuve, fasse autorité au-delà de sa *ratio decidendi*.

64 The trial judge also made reference to the case of *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.), as support for the proposition that an evidentiary foundation is required for questions put in cross-examination. He was mistaken. The rule in *Browne v. Dunn* requires counsel to give notice to those witnesses whom the

Le juge du procès a aussi invoqué l'arrêt *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.), pour étayer la proposition selon laquelle il est nécessaire de présenter un fondement de preuve à l'égard des questions posées en contre-interrogatoire. Il a fait erreur. La règle établie dans *Browne c. Dunn* oblige l'avocat à

cross-examiner intends later to impeach. The rationale for the rule was explained by Lord Herschell, at pp. 70-71:

Now, my Lords, I cannot help saying that it seems to me to be absolutely essential to the proper conduct of a cause, where it is intended to suggest that a witness is not speaking the truth on a particular point, to direct his attention to the fact by some questions put in cross-examination showing that that imputation is intended to be made, and not to take his evidence and pass it by as a matter altogether unchallenged, and then, when it is impossible for him to explain, as perhaps he might have been able to do if such questions had been put to him, the circumstances which it is suggested indicate that the story he tells ought not to be believed, to argue that he is a witness unworthy of credit. My Lords, I have always understood that if you intend to impeach a witness you are bound, whilst he is in the box, to give him an opportunity of making any explanation which is open to him; and, as it seems to me, that is not only a rule of professional practice in the conduct of a case, but is essential to fair play and fair dealing with witnesses. Sometimes reflections have been made upon excessive cross-examination of witnesses, and it has been complained of as undue; but it seems to me that a cross-examination of a witness which errs in the direction of excess may be far more fair to him than to leave him without cross-examination, and afterwards to suggest that he is not a witness of truth, I mean upon a point on which it is not otherwise perfectly clear that he has had full notice beforehand that there is an intention to impeach the credibility of the story which he is telling.

The rule, although designed to provide fairness to witnesses and the parties, is not fixed. The extent of its application is within the discretion of the trial judge after taking into account all the circumstances of the case. See *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at pp. 781-82; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 954-57. In any event, the foregoing rule in *Browne v. Dunn* remains a sound principle of general application, though irrelevant to the issue before the trial judge in this case.

prévenir les témoins dont il entend mettre en doute la crédibilité ultérieurement. La justification de cette règle a été expliquée ainsi par lord Herschell, aux p. 70-71 :

[TRADUCTION] Bien, vos Seigneuries, je ne peux m'empêcher d'affirmer qu'il m'apparaît absolument essentiel au déroulement régulier d'une instance, lorsqu'un avocat entend suggérer qu'un témoin ne dit pas la vérité sur un point en particulier, d'attirer l'attention de ce témoin sur ce fait en lui posant en contre-interrogatoire certaines questions indiquant qu'on fera cette imputation, et non d'accepter son témoignage et d'en faire abstraction comme s'il était absolument incontesté puis, lorsqu'il lui est impossible d'expliquer — ce qu'il aurait peut-être pu faire si ces questions lui avaient été posées — les circonstances qui, prétend-on, montrent que sa version des faits ne doit pas être retenue, de soutenir qu'il n'est pas un témoin digne de foi. Vos Seigneuries, il m'a toujours semblé que l'avocat qui entend mettre en doute le témoignage d'une personne doit, lorsque cette personne se trouve à la barre des témoins, lui donner l'occasion d'offrir toute explication qu'elle est en mesure de présenter. De plus, il me semble qu'il ne s'agit pas seulement d'une règle de pratique professionnelle dans la conduite d'une affaire, mais également d'une attitude essentielle pour agir de façon loyale envers les témoins. On souligne parfois le caractère excessif du contre-interrogatoire auquel un témoin est soumis, reprochant à ce contre-interrogatoire d'être abusif. Toutefois, il me semble qu'un contre-interrogatoire mené par un avocat péchéant par excès de zèle peut se révéler beaucoup plus équitable pour le témoin que le fait de ne pas le contre-interroger puis de suggérer qu'il ne dit pas la vérité, je veux dire sur un point à l'égard duquel il n'est par ailleurs pas clair qu'il a été pleinement informé au préalable qu'on entendait mettre en doute la crédibilité de sa version des faits.

Bien qu'elle vise à faire en sorte que les témoins et les parties soient traités équitablement, cette règle n'a pas un caractère absolu. La mesure dans laquelle elle est appliquée est une décision qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire. Voir *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 781-782; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 954 et 957. Quoi qu'il en soit, la règle susmentionnée établie dans l'arrêt *Browne c. Dunn* demeure un principe valable d'application générale, bien qu'elle ne soit pas pertinente pour la question dont était saisi le juge du procès en l'espèce.

66

As long as counsel has a good faith basis for asking an otherwise permissible question in cross-examination, the question should be allowed. In our view, no distinction need be made between expert and lay witnesses within the broad scope of this general principle. Counsel, however, bear important professional duties and ethical responsibilities, not just at trial, but on appeal as well. This point was emphasized by Lord Reid in *Rondel v. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191 (H.L.), at pp. 227-28, when he said:

Every counsel has a duty to his client fearlessly to raise every issue, advance every argument, and ask every question, however distasteful, which he thinks will help his client's case. But, as an officer of the court concerned in the administration of justice, he has an overriding duty to the court, to the standards of his profession, and to the public, which may and often does lead to a conflict with his client's wishes or with what the client thinks are his personal interests. Counsel must not mislead the court, he must not lend himself to casting aspersions on the other party or witnesses for which there is no sufficient basis in the information in his possession, he must not withhold authorities or documents which may tell against his clients but which the law or the standards of his profession require him to produce. . . . [Emphasis added.]

67

By requiring an evidentiary foundation on the basis of *Howard*, the trial judge erred in law. Over the course of the two *voir dires* the existence of a good faith basis for the defence's "drug debt" theory had, in any event, become apparent. This basis included, but was not limited to, the police reports, the complainant Barnaby's drug conviction, his admission at the preliminary hearing that he had dealt in drugs, and the drug conviction of the complainant's acquaintance who drove him to the alleged scene of the attack.

Pourvu que l'avocat agisse de bonne foi lorsqu'il pose en contre-interrogatoire une question par ailleurs admissible, cette question devrait être autorisée. À notre avis, il n'est pas nécessaire d'établir de distinction entre les témoins experts et les témoins profanes à l'intérieur du vaste cadre de ce principe général. Toutefois, les avocats sont assujettis à d'importantes obligations professionnelles et déontologiques, non seulement au cours du procès mais aussi en appel. Lord Reid a souligné l'importance de ce point dans l'arrêt *Rondel c. Worsley*, [1969] 1 A.C. 191 (H.L.), p. 227-228, lorsqu'il a dit ceci :

[TRADUCTION] Tout avocat a envers son client l'obligation de ne pas hésiter à soulever tout point, à faire valoir tout argument et à poser toute question — aussi répugnante que puisse être cette intervention — qui selon lui aide la cause de son client. Cependant, en tant qu'officier de justice soucieux de l'intérêt de l'administration de la justice, il a envers le tribunal, les normes de sa profession et le public une obligation primordiale qui peut entrer en conflit et qui dans bien des cas entre effectivement en conflit avec les désirs d'un client ou avec ce que le client estime être ses intérêts personnels. L'avocat ne doit pas induire le tribunal en erreur, il ne doit pas se permettre de lancer des accusations contre l'autre partie ou les témoins sans avoir en sa possession les renseignements suffisants pour les étayer, il ne doit pas cacher de la jurisprudence ou des documents qui pourraient être défavorables à ses clients, mais que le droit ou les normes de sa profession l'obligent à déposer. . . [Nous soulignons.]

Le juge du procès a commis une erreur de droit en exigeant, sur la base de l'arrêt *Howard*, la production d'un fondement de preuve. De toute façon, l'existence de la bonne foi requise pour justifier la présentation de la thèse de la dette de drogue était ressortie clairement au cours des deux *voir-dires*. Parmi les éléments étant cette bonne foi, mentionnons les rapports de police, la déclaration de culpabilité figurant au dossier du plaignant Barnaby pour une affaire de drogue et son aveu, à l'enquête préliminaire, qu'il avait vendu de la drogue et la déclaration de culpabilité pour une affaire de drogue prononcée contre la personne — une connaissance du plaignant — qui l'avait conduit sur les lieux présumés de l'agression.

V. Conclusion

In order to determine whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge's error, an appellate court must determine "whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made". See *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617.

In *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, at p. 144, the Ontario Court of Appeal recognized that the importance of cross-examination becomes even more critical when credibility is the central issue in the trial:

In a case where the guilt or innocence of the [accused] largely turned on credibility, it was a serious error to limit the [accused] of his substantial right to fully cross-examine the principal Crown witness. It would not be appropriate in the circumstances to invoke or apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) [now s. 686(1)(b)(iii)].

The Manitoba Court of Appeal echoed these sentiments in *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, at p. 311:

Cross-examination is a most powerful weapon of the defence, particularly when the entire case turns on credibility of the witnesses. An accused in a criminal case has the right of cross-examination in the fullest and widest sense of the word as long as he does not abuse that right. Any improper interference with the right is an error which will result in the conviction being quashed.

It follows that where, as here, a trial judge improperly interfered with an accused's right to cross-examine, infused a mistrial chill into the proceedings, and placed conditions on a legitimate line of questioning that forfeited the accused's statutory right to address the jury last, a substantial wrong occurred and an unfair trial resulted.

This alone is sufficient to dispose of the appeal in the appellant's favour.

V. Conclusion

Afin de déterminer si l'erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, la cour d'appel saisie de la question doit se demander « s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question ». Voir *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617.

Dans l'arrêt *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, p. 144, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que le contre-interrogatoire revêt une importance plus cruciale encore lorsque la crédibilité est la question centrale du procès :

[TRADUCTION] Dans une affaire où la culpabilité ou l'innocence de l'[accusé] dépendait largement de la question de la crédibilité, ce fut une grave erreur que de priver l'[accusé] de son droit fondamental de contre-interroger pleinement le principal témoin de la poursuite. Il ne serait pas approprié dans les circonstances d'invoquer ou d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)b)(iii) [maintenant le sous-al. 686(1)b)(iii)].

La Cour d'appel du Manitoba a fait écho à cette opinion dans l'arrêt *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, p. 311 :

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire est un outil très puissant à la disposition de la défense, particulièrement lorsque toute l'affaire repose sur la crédibilité des témoins. Dans un procès criminel, l'accusé a le droit de contre-interroger les témoins, et ce au sens le plus complet et le plus large du terme, pourvu qu'il n'abuse pas de ce droit. Toute limitation irrégulière de ce droit constitue une erreur susceptible d'entraîner l'annulation de la déclaration de culpabilité.

Il s'ensuit que dans les cas où, comme en l'espèce, le juge du procès a limité irrégulièrement le droit de l'accusé de contre-interroger, a fait peser la menace d'annulation du procès et a subordonné la présentation d'une série de questions légitimes au respect de conditions qui ont eu pour effet de faire perdre à l'accusé le droit que lui confère la loi de s'adresser au jury en dernier, un tort important a été causé et un procès inéquitable en a résulté.

Cette conclusion justifie à elle seule de trancher le pourvoi en faveur de l'appelant.

- 73 Moreover, we are not convinced that, in the absence of the trial judge's error, there is no "reasonable possibility that the verdict would have been different". See *Bevan*, *supra*, at p. 617.
- 74 In our respectful view, it would be wrong in these circumstances to apply the curative proviso.
- 75 We would instead allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Pinkofskys, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

En outre, nous ne sommes pas convaincus qu'il n'existe aucune « possibilité raisonnable que le verdict eût été différent » en l'absence de l'erreur commise par le juge du procès. Voir l'arrêt *Bevan*, précité, p. 617.

À notre humble avis, il serait erroné dans les circonstances d'appliquer la disposition réparatrice.

Au contraire, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Pinkofskys, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 2, 2004 Vol. 1

2^e cahier, 2004 Vol. 1

Cited as [2004] 1 S.C.R. 217-410

Renvoi [2004] 1 R.C.S. 217-410

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	Legal Counsel / Conseillers juridiques	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	ARCHIBALD MCDONALD	NICOLA SUTTON
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
LEE ANN GORMAN	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
SALLY GRIFFIN	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
	IDA SMITH	

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

9050-3400 Québec Inc. v. Riverin, Girard & Associés Inc.	301
Insurance — Damage insurance — Insurance policy purchased by hypothecary debtor — Subrogation clause providing that insurer was subrogated to rights of hypothecary creditor against debtor or owner against whom it claimed to be entitled to raise ground of non-warranty — Whether art. 2474 of Civil Code of Québec precludes conventional subrogation of insurer to rights of hypothecary creditor against its debtor.	
CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada	339
Copyright — Infringement — Photocopying — Fax transmissions — Law Society providing custom photocopy service and maintaining self-service photocopiers in library for use by patrons — Legal publishers bringing copyright infringement actions against Law Society — Whether publishers' headnotes, case summary, topical index and compilation of reported judicial decisions "original" works covered by copyright — If so, whether Law Society breached publishers' copyright — Whether Law Society's fax transmissions of publishers' works constitute communications "to the public" — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).	
Copyright — Infringement — Exception — Fair dealings — Law Society providing custom photocopy service and maintaining self-service photocopiers in library for use by patrons — Legal publishers bringing copyright infringement actions against Law Society — Whether Law Society's dealings with publishers' works "fair dealings" — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.	
Copyright — Works in which copyright may subsist — Meaning of "original" work — Whether headnotes, case summary, topical index and compilation of reported judicial decisions "original" works covered by copyright — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 2 "every original literary, dramatic, musical and artistic work".	
C.U. v. Alberta (Director of Child Welfare)	336
Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Leave to appeal — Retired judges — Judge retiring after application for leave to appeal submitted to his panel — Judgment released six weeks after judge's retirement — Whether retired judge can participate in judgment on leave application — Judges Act, R.S.C. 1985, c. J-1, s. 41.1(1).	
Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.	303
Contracts — Repudiation — Damages — Approach to assessing damages for breach of contract with alternative modes of performance.	

Continued on next page

SOMMAIRE

9050-3400 Québec inc. c. Riverin, Girard & Associés inc.	301
Assurances — Assurances de dommage — Police d'assurance souscrite par un débiteur hypothécaire — Clause de subrogation prévoyant que l'assureur est subrogé dans les droits du créancier hypothécaire contre le débiteur ou propriétaire auquel il se croit justifié d'opposer un motif de non-garantie — L'article 2474 du Code civil du Québec fait-il obstacle à la subrogation conventionnelle de l'assureur dans les droits du créancier hypothécaire à l'égard de son débiteur?	
CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada	339
Droit d'auteur — Violation du droit d'auteur — Photocopie — Transmissions par télécopieur — Barreau offrant un service de photocopie et mettant des photocopies libre-service à la disposition des usagers de sa bibliothèque — Éditeurs juridiques poursuivant le Barreau pour violation de leur droit d'auteur — Les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont-ils des œuvres « originales » protégées par le droit d'auteur? — Dans l'affirmative, le Barreau a-t-il violé le droit d'auteur des éditeurs? — La transmission par télécopieur, par le Barreau, des œuvres des éditeurs constituait-elle une communication des œuvres « au public »? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).	
Droit d'auteur — Violation du droit d'auteur — Exception — Utilisation équitable — Barreau offrant un service de photocopie et mettant des photocopies libre-service à la disposition des usagers de sa bibliothèque — Éditeurs juridiques poursuivant le Barreau pour violation de leur droit d'auteur — L'utilisation par le Barreau des œuvres des éditeurs constituait-elle une « utilisation équitable »? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.	
Droit d'auteur — Œuvres protégées par le droit d'auteur — Sens du terme œuvre « originale » — Les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont-ils des œuvres « originales » protégées par le droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale ».	
C.U. c. Alberta (Director of Child Welfare)	336
Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Autorisation d'appel — Juges retraités — Départ à la retraite d'un juge après la présentation d'une demande d'autorisation d'appel à la formation dont il était membre — Jugement déposé six semaines après le départ à la retraite du juge — Le juge retraité peut-il participer au jugement relatif à une demande d'autorisation? — Loi sur les juges, L.R.C. 1985, ch. J-1, art. 41.1(1).	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Costs — Scale — Variation of scale by appellate court — Elements required for appellate court to set aside or vary award of costs.	
R. v. Daoust	217
Criminal law — Elements of offence — Laundering proceeds of crime — Actus reus — English and French versions describing actus reus of offence differently — Version to be favoured — Principles of bilingual statutory interpretation — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.31.	
Criminal law — Elements of offence — Laundering proceeds of crime — Mens rea — Meaning of expression “intent to convert” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.31.	
Statutes — Interpretation — Bilingual statutes — Criminal Code — English and French versions describing actus reus of offence differently — Version to be favoured — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.31.	
R. v. Kehler	328
Criminal law — Evidence — Corroboration — Accomplices — Accused charged with armed robberies — Evidence of accomplice corroborated as to robbery but not as to identity of accused — Where identity only issue at trial, whether corroboration must implicate accused.	
R. v. Smith	385
Criminal law — Courts — Jurisdiction — Appeals — Death of appellant — Appellant convicted of second degree murder — Appellant filing notice of appeal but dying before appeal could be heard — Crown moving to abate appeal seven years after appellant’s death — Jurisdiction to hear criminal appeal where appellant dies — Whether Court of Appeal should exercise discretion to hear appeal.	
Townsend v. Kroppmanns	315
Torts — Damages — Determination of award — Whether rate of return should be taken into account in assessing award — Whether tax gross-up and management fees should be calculated on award established at trial or on figure determined at later date — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 56 — Law and Equity Regulation, B.C. Reg. 352/81.	
Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.	249
Contracts — Interest — Criminal rate — Illegality — Severability — Section 347 of Criminal Code prohibiting effective annual interest rate in excess of 60 percent — Contract found to contravene prohibition — Offending interest rate read down so that contract provided for maxi-	

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.	303
Contrats — Résiliation — Dommages-intérêts — Méthode de calcul des dommages-intérêts pour inexécution d’un contrat prévoyant différents modes d’exécution.	
Dépens — Base de calcul — Cour d’appel modifiant la base de calcul — Éléments requis pour qu’une cour d’appel annule ou modifie une attribution de dépens.	
R. c. Daoust	217
Droit criminel — Éléments de l’infraction — Recyclage des produits de la criminalité — Actus reus — Versions anglaise et française décrivant différemment l’actus reus de l’infraction — Quelle version faut-il privilégier? — Principes d’interprétation des lois bilingues — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31.	
Droit criminel — Éléments de l’infraction — Recyclage des produits de la criminalité — Mens rea — Sens de l’expression « intention de convertir » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31.	
Législation — Interprétation — Lois bilingues — Code criminel — Versions anglaise et française décrivant différemment l’actus reus de l’infraction — Quelle version faut-il privilégier? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31.	
R. c. Kehler	328
Droit criminel — Preuve — Corroboration — Complices — Accusé inculpé de vols à main armée — Témoignage du complice corroboré quant au vol qualifié, mais non quant à l’identité de l’accusé — La corroboration doit-elle impliquer l’accusé lorsque l’identité est la seule question qui se pose au procès?	
R. c. Smith	385
Droit criminel — Tribunaux — Compétence — Appels — Décès de l’appelant — Appelant reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Dépot de l’avis d’appel par l’appelant, mais celui-ci décède avant l’audition de l’appel — Demande par le ministère public de l’arrêt de l’appel sept ans après le décès de l’appelant — Compétence pour entendre l’appel en matière criminelle après le décès de l’appelant — La Cour d’appel doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire d’entendre l’appel?	
Townsend c. Kroppmanns	315
Délits civils — Dommages-intérêts — Détermination du montant de l’indemnité — Le taux de rendement doit-il être pris en compte dans l’évaluation de l’indemnité? — La majoration pour impôt et les honoraires pour services de gestion doivent-ils être calculés à partir du montant de l’indemnité établi au procès ou d’un autre montant déterminé à	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

mum legal rate of interest — Whether “notional severance” available as remedy in cases arising under s. 347 — Whether application of notional severance appropriate in this case — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 347.

SOMMAIRE (Fin)

une date ultérieure? — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, ch. 253, art. 56 — Law and Equity Regulation, B.C. Reg. 352/81.

Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.....249

Contrats — Intérêt — Taux criminel — Illégalité — Divisibilité — Prohibition par l’art. 347 du Code criminel des taux d’intérêt annuels effectifs dépassant 60 pour 100 — Contrat jugé contraire à cette prohibition — Réduction du taux d’intérêt illégal prévu par le contrat pour que celui-ci prévoit le taux d’intérêt maximum autorisé par la loi — La « divisibilité fictive » peut-elle être utilisée comme réparation en cas de contraventions à l’art. 347? — Convient-il d’appliquer la divisibilité fictive en l’espèce? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 347.

Her Majesty The Queen Appellant

v.

Claude Daoust and Éric Bois Respondents

and

Attorney General of Canada and Attorney General of Ontario Interveners

INDEXED AS: R. v. DAOUST

Neutral citation: 2004 SCC 6.

File No.: 29185.

2003: October 8; 2004: February 12.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Elements of offence — Laundering proceeds of crime — Actus reus — English and French versions describing actus reus of offence differently — Version to be favoured — Principles of bilingual statutory interpretation — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.31.

Criminal law — Elements of offence — Laundering proceeds of crime — Mens rea — Meaning of expression “intent to convert” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.31.

Statutes — Interpretation — Bilingual statutes — Criminal Code — English and French versions describing actus reus of offence differently — Version to be favoured — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.31.

As part of an investigation of second-hand store owners suspected of selling stolen merchandise, the Quebec City police set up an operation using an undercover officer. The officer went to D's establishment on four different occasions to sell goods which he hinted were stolen. Each transaction ended with the merchandise being accepted for a sum of money. On the final occasion, D told the officer that this would be the last time they would do business together, to which B, the establishment's manager, added “We can't always be helping you to steal.” B and D were charged under

Sa Majesté la Reine Appelante

c.

Claude Daoust et Éric Bois Intimés

et

Procureur général du Canada et procureur général de l'Ontario Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. DAOUST

Référence neutre : 2004 CSC 6.

Nº du greffe : 29185.

2003 : 8 octobre; 2004 : 12 février.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Éléments de l'infraction — Recyclage des produits de la criminalité — Actus reus — Versions anglaise et française décrivant différemment l'actus reus de l'infraction — Quelle version faut-il privilégier? — Principes d'interprétation des lois bilingues — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31.

Droit criminel — Éléments de l'infraction — Recyclage des produits de la criminalité — Mens rea — Sens de l'expression « intention de convertir » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31.

Législation — Interprétation — Lois bilingues — Code criminel — Versions anglaise et française décrivant différemment l'actus reus de l'infraction — Quelle version faut-il privilégier? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31.

Dans le cadre d'une enquête chez des regrattiers soupçonnés de vendre de la marchandise volée, le Service de police de la ville de Québec monte une opération à l'aide d'un agent d'infiltration. L'agent se présente au commerce de D à quatre reprises pour vendre des marchandises en laissant sous-entendre qu'il s'agit de biens volés. Chaque transaction se termine par l'acceptation de la marchandise pour une somme d'argent. Lors de la dernière transaction, D mentionne à l'agent que c'est la dernière fois qu'il fait affaire avec lui, tandis que B, le gérant du commerce, ajoute qu'« on ne peut pas toujours

s. 462.31 of the *Criminal Code* with having “transfer[red] the possession of property with the intent to conceal or convert that property, knowing . . . that . . . that property was obtained . . . as a result of the commission . . . of an enterprise crime offence”. At trial, they were found guilty of laundering proceeds of crime. The Court of Appeal set aside the convictions on the ground that the *actus reus* of the offence had not been made out.

Held: The appeal should be dismissed.

The English and French versions of s. 462.31 of the *Code* present variations of the offence of laundering proceeds of crime. While the French version simply lists the acts constituting the *actus reus* of the offence, that is, “utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession —”, the English version lists these same acts and adds a prohibition against any other dealings with respect to the property or its proceeds. The addition in the English version of the expression “or otherwise deals with” leaves the door open to other acts of laundering, thus avoiding the need to provide an exhaustive list. Even though the legislative history shows that the English version reflects Parliament’s true intent, it cannot be adopted. The Court cannot use the history of a clearly drafted statute as the sole basis for changing it or completely disregarding its meaning. Under the rules of contextual interpretation, moreover, words that could effectively broaden the scope of a penal statute cannot be read in. Finally, under the rules of bilingual statutory interpretation, where, as here, the meanings of the two versions of a provision are clear, yet irreconcilable, the common meaning of the two versions of the enactment should be favoured. Here, the common meaning is the narrower version, which is the French version. It is therefore the French version that must first be examined to determine whether it accords with Parliament’s intent. The two versions are divergent because of an error or an omission on the part of Parliament, but that does not give this Court the authority to amend a clearly drafted enactment.

The *actus reus* of the offence specified in the indictment has not been made out here. The activities criminalized by this provision all concern the same person, that is, the person who originally has the object in his or her possession and seeks to dispose of it. Buying or receiving property or similar acts involving the person who accepts or acquires the property do not constitute elements of the offence of laundering proceeds of crime. Since the purchase was not a “transfer of possession” within the meaning of s. 462.31, the accused must be acquitted.

t’aider à voler ». B et D sont accusés, selon l’art. 462.31 du *Code criminel*, d’avoir « transfér[é] la possession de biens, dans l’intention de les cacher ou de les convertir sachant [...] qu’ils ont été obtenus [...] par] la perpétration [...] d’une infraction de criminalité organisée ». Au procès, ils sont déclarés coupables de recyclage des produits de la criminalité. La Cour d’appel annule les déclarations de culpabilité au motif que l’*actus reus* de l’infraction n’a pas été établi.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les versions anglaise et française de l’art. 462.31 du *Code* présentent une variante de l’infraction de recyclage des produits de la criminalité. Tandis que la version française ne fait qu’énumérer les actes qui constituent l’*actus reus* de l’infraction, soit « utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — », la version anglaise énumère ces mêmes actes en ajoutant l’interdiction d’effectuer toutes autres opérations à l’égard des biens ou de leurs produits. Cet ajout à la version anglaise de l’expression « or otherwise deals with » laisse la porte ouverte à d’autres actes de recyclage, évitant ainsi une énumération exhaustive. Même si l’historique de la loi révèle que la version anglaise reflète l’intention réelle du Parlement, cette version ne peut pas être adoptée. Le seul historique de la loi n’autorise pas la Cour à modifier un texte clair ou à l’éviter complètement. Les règles d’interprétation contextuelle ne permettent pas non plus d’ajouter au texte d’une loi pénale des mots qui auraient pour effet d’en élargir la portée. Enfin, selon les règles d’interprétation des lois bilingues lorsque, comme en l’espèce, les deux versions d’un texte de loi sont claires mais inconciliables, on devrait privilégier le sens commun aux deux versions du texte législatif. Ici, le sens commun est la version la plus restreinte, soit la version française. C’est donc la version française qui doit d’abord être examinée en vue d’établir sa conformité avec l’intention législative. Le fait que la divergence entre les deux versions puisse être attribuée soit à une erreur, soit à une omission du législateur, n’autorise pas la Cour à modifier un texte législatif clair.

En l’espèce, l’*actus reus* de l’infraction précisée à l’acte d’accusation n’a pas été établi. Les gestes criminalisés par cette disposition visent tous la même personne, soit celle qui, à l’origine, a l’objet en sa possession et qui cherche à s’en défaire. Ni l’achat, ni la réception de biens, ni des actions semblables visant la personne qui accepte ou acquiert les biens ne constituent des éléments de l’infraction de recyclage des produits de la criminalité. Puisque l’achat ne constitue pas un « transfert de possession » au sens de l’art. 462.31, les accusés doivent être acquittés.

With regard to *mens rea*, the term “convert” does not require an intent to conceal. The words “conceal” and “convert” are distinct terms with distinct meanings; they should not be read together. The term “convert” must be given its ordinary, literal meaning. Parliament’s choice of words is indicative of its intention to forbid “conversion” pure and simple, thereby ensuring that those who convert property they know or believe to have illicit origins, regardless of whether they try to conceal it or not, do not profit from it.

The Crown’s request for the substitution of a verdict of guilty of attempting to commit the offence of laundering proceeds of crime under s. 462.31, in the event the Court decides that the purchase does not constitute a “transfer of possession” within the meaning of the *actus reus* under s. 462.31, must be denied. The Court’s analysis is limited by the theory advanced by the Crown at trial. While pursuant to s. 601(3) of the *Code*, a court may amend a count in an indictment at any stage of the proceedings provided it is a particular of the offence that is amended, the change requested in this case would amount to laying a different charge from the one originally brought. To allow the Crown to make out a different offence would infringe on the accused’s right to be reasonably informed of the transaction alleged against him.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Saunders*, [1990] 1 S.C.R. 1020; *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62; *R. v. Mac*, [2002] 1 S.C.R. 856, 2002 SCC 24; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 CSC 2; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Kwiatkowski v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976; *Gaysek v. The Queen*, [1971] S.C.R. 888; *Ville de Montréal v. ILGWU Center Inc.*, [1974] S.C.R. 59; *R. v. Tejani* (1999), 138 C.C.C. (3d) 366; *Minister of Municipal Affairs of New Brunswick v. Canaport Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 599; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Quebec (Attorney General) v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *R. v. Morielli*, [2000] R.J.Q. 364; *R. v. Bouchard* (1995), 45

En ce qui concerne la *mens rea*, le terme « convertir » n’exige pas l’intention de dissimuler. Les mots « cacher » et « convertir » sont des termes distincts qui ont des sens différents; ils ne devraient pas être lus ensemble. Il faut donner au terme « convertir » son sens ordinaire et littéral. Le choix de mots du législateur est révélateur de son intention d’interdire la « conversion » pure et simple afin de s’assurer que ceux qui convertissent des biens qu’ils savent ou croient être de provenance criminelle, peu importe s’ils tentent ou non de le cacher, ne puissent en profiter.

La demande du ministère public de substituer un verdict de culpabilité de tentative de commettre l’infraction de recyclage des produits de la criminalité visée à l’art. 462.31, si la Cour décide qu’un achat ne constitue pas un « transfert de possession » au sens de l’*actus reus* de cet article, doit être rejetée. L’analyse de la Cour est circonscrite par la théorie de la poursuite au procès. Bien qu’un tribunal puisse, en vertu du par. 601(3) du *Code*, modifier un chef d’accusation à tout stade des procédures lorsqu’il s’agit d’un détail de l’infraction, le changement demandé en l’espèce reviendrait à porter une accusation différente de l’accusation initiale. Permettre au ministère public de faire la preuve d’une autre infraction porterait atteinte au droit d’un accusé d’être raisonnablement informé de l’infraction qu’on lui impute.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Saunders*, [1990] 1 R.C.S. 1020; *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62; *R. c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856, 2002 CSC 24; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *Kwiatkowski c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l’accise*, [1977] 1 R.C.S. 456; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976; *Gaysek c. La Reine*, [1971] R.C.S. 888; *Ville de Montréal c. ILGWU Center Inc.*, [1974] R.C.S. 59; *R. c. Tejani* (1999), 138 C.C.C. (3d) 366; *Ministre des Affaires municipales du Nouveau-Brunswick c. Canaport Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 599; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Québec (Procureur général) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *R. c. Morielli*, [2000] R.J.Q.

C.R. (4th) 55; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Québec (Attorney General) v. Laroche*, [2002] 3 S.C.R. 708, 2002 SCC 72; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Poole*, [1997] B.C.J. No. 957 (QL); *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8.

Statutes and Regulations Cited

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 9 [rep. 2001, c. 32, s. 48].
Corruption of Foreign Public Officials Act, S.C. 1998, c. 34, s. 5 [rep. 2001, c. 32, s. 58].
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, s. 28 [rep. 2001, c. 32, s. 60].
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 420.11 [ad. 1988, c. 51, s. 2].
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25.1(8) [ad. 2001, c. 32, s. 2], 141, 354(1), 462.3 “enterprise crime offence”, 462.31 [ad. c. 42 (4th Supp.), s. 2; am. 1996, c. 19, s. 70(c); repl. 1997, c. 18, s. 28], 601(3).
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 163.2 [ad. 1993, c. 25, s. 89; rep. 2001, c. 32, s. 62].
Excise Act, R.S.C. 1985, c. E-14, s. 126.2 [ad. 1993, c. 25, s. 38; rep. 2001, c. 32, s. 64].
Food and Drugs Act, R.S.C. 1985, c. F-27.
Municipal By-Law No. 755 concerning second-hand dealers or hucksters, City of Québec, November 4, 1949 [s. 10 am. December 21, 1998 by By-Law No. 4961].
Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1 [rep. 1996, c. 19, s. 94], s. 19.2 [am. c. 42 (4th Supp.), s. 2].

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 7th ed. by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, “transfer”.
Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2000, “transfert”.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
German, Peter M. *Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998.
Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2002, « transfert ».

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2002), 1 C.R. (6th) 127 (*sub nom. R. v. Bois*), 165 C.C.C. (3d) 123, [2002] Q.J. No. 447

364; *R. c. Bouchard* (1995), 45 C.R. (4th) 55; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708, 2002 CSC 72; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Poole*, [1997] B.C.J. No. 957 (QL); *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 25.1(8) [aj. 2001, ch. 32, art. 2], 141, 354(1), 462.3 « infraction de criminalité organisée », 462.31 [aj. ch. 42 (4^e suppl.), art. 2; mod. 1996, ch. 19, al. 70c]; rempl. 1997, ch. 18, art. 28], 601(3).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 420.11 [aj. 1988, ch. 51, art. 2].
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 9 [abr. 2001, ch. 32, art. 48].
Loi sur l'accise, L.R.C. 1985, ch. E-14, art. 126.2 [aj. 1993, ch. 25, art. 38; abr. 2001, ch. 32, art. 64].
Loi sur la corruption d'agents publics étrangers, L.C. 1998, ch. 34, art. 5 [abr. 2001, ch. 32, art. 58].
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. 1985, ch. F-27.
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24, art. 28 [abr. 2001, ch. 32, art. 60].
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 163.2 [aj. 1993, ch. 25, art. 89; abr. 2001, ch. 32, art. 62].
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1 [abr. 1996, ch. 19, art. 94], art. 19.2 [mod. ch. 42 (4^e suppl.), art. 2].
Règlement municipal n° 755 concernant les marchands d'effets d'occasion ou regattiers, Cité de Québec, le 4 novembre 1949 [art. 10 mod. le 21 décembre 1998 par le règlement n° 4961].

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 7th ed. by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « transfer ».
Cornu, Gérard, dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2000, « transfert ».
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
German, Peter M. *Proceeds of Crime : The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1998.
Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2002, « transfert ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2002), 1 C.R. (6th) 127 (*sub nom. R. c. Bois*), 165 C.C.C. (3d) 123, [2002] J.Q. n° 447

(QL), setting aside the accused's convictions for laundering proceeds of crime. Appeal dismissed.

Louis Coulombe and Daniel Grégoire, for the appellant.

Jean Asselin and Sophie Dubé, for the respondents.

Bernard Laprade and Martin Lamontagne, for the intervener the Attorney General of Canada.

John Corelli and Leanne Salel, for the intervener the Attorney General of Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

The most important issue raised in this appeal is that of the interpretation of divergent provisions of a bilingual statute. In the case before us, we are faced with two versions of s. 462.31 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Their meanings are clear, yet irreconcilable:

462.31 (1) Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds, knowing or believing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

(a) the commission in Canada of an enterprise crime offence or a designated substance offence; or

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an enterprise crime offence or a designated substance offence. [Emphasis added.]

462.31 (1) Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant ou croyant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement :

(QL), qui a annulé les déclarations de culpabilité des accusés de recyclage des produits de la criminalité. Pourvoi rejeté.

Louis Coulombe et Daniel Grégoire, pour l'appelante.

Jean Asselin et Sophie Dubé, pour les intimés.

Bernard Laprade et Martin Lamontagne, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

John Corelli et Leanne Salel, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le problème le plus important qui se pose dans cet appel est celui que présente l'interprétation de dispositions divergentes d'une loi bilingue. Dans le contexte de la présente affaire, les deux versions de l'art. 462.31 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, chacune étant claire, sont inconciliables :¹

462.31 (1) Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant ou croyant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement :

a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée;

b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction de criminalité organisée ou une infraction désignée.

462.31 (1) Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds,

obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement :

- a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée;
- b) soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction de criminalité organisée ou une infraction désignée.

2

The Attorney General of Canada submits that this situation is due to an error and that the Court should give priority to the English version of the *Code*, whose meaning is broader than that of the French version. The Attorney General argues that the legislative history shows that the English version reflects Parliament's true intent. There are several reasons why I cannot accept this position. First, the Court cannot use the history of a clearly drafted statute as a basis for changing it or completely disregarding its meaning. On the contrary, the legislative intent revealed by the statute's history must be one that could reasonably be supported by the text of the statute. Second, under the rules of contextual interpretation, words that could effectively broaden the scope of a penal statute cannot be read in. An accused should be able to read the applicable legislative provisions in each of the two official languages and derive from them an understanding of the limits of his or her liability. Third, the rules of bilingual statutory interpretation prescribe an approach that favours the common meaning of the two versions of an enactment. The common meaning of s. 462.31 *Cr. C.* must be the narrower of the two versions, which is the French version in this particular case. It is therefore the French version that must initially be analysed in relation to Parliament's intent.

II. Facts

3

In December 1997, the Quebec City police conducted an investigation of second-hand store owners suspected of selling stolen merchandise. As part of the investigation, investigators Tremblay and Gagné were ordered to set up an operation using an undercover officer codenamed "Agent 008" who

knowing or believing that all or a part of that property or of those proceeds was obtained or derived directly or indirectly as a result of

- (a) the commission in Canada of an enterprise crime offence or a designated substance offence; or
- (b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an enterprise crime offence or a designated substance offence. [Je souligne.]

Le procureur général du Canada fait valoir que cette situation est due à une erreur et que cette Cour devrait donner priorité à la version anglaise de la loi, qui a un sens plus large que la version française, en raison du fait que l'histoire législative révèle que c'est la version anglaise qui reflète l'intention réelle du Parlement. Cette position ne peut être adoptée pour plusieurs raisons. Premièrement, l'historique de la loi n'autorise pas cette Cour à modifier un texte clair ou à l'éviter complètement. Au contraire, l'intention législative que révèle l'historique doit en être une qui peut raisonnablement trouver appui dans le texte de la loi. Deuxièmement, les règles d'interprétation contextuelle ne permettent pas d'ajouter au texte d'une loi pénale des mots qui auraient pour effet d'en élargir la portée. Le justiciable doit pouvoir connaître les limites de sa responsabilité à la lecture des dispositions législatives applicables peu importe la langue officielle. Troisièmement, les règles d'interprétation des lois bilingues suggèrent une méthode selon laquelle on devrait privilégier le sens commun aux deux versions du texte législatif. Le sens commun aux deux versions est normalement la version la moins large de l'art. 462.31 *C. cr.*, en l'espèce la version française. C'est donc cette version qui doit au départ être soumise au test de conformité avec l'intention législative.

II. Faits

En décembre 1997, le Service de police de la ville de Québec a entrepris une enquête chez des regrattiers qu'il soupçonnait de vendre de la marchandise volée. Pour ce faire, les enquêteurs Tremblay et Gagné ont été chargés de monter une opération à l'aide d'un agent d'infiltration, désigné

would offer merchandise he claimed to be stolen to selected merchants.

The respondent Claude Daoust owns three pawn shop/second-hand stores, including Argent Comptant, a business located in Quebec City. The respondent Éric Bois is the manager of this establishment. Between December 2 and 5, 1997, the undercover officer went to Argent Comptant on four different occasions to offer merchandise to the respondents Daoust and Bois. The undercover officer would hint he had criminally obtained goods to sell. Disguised so as to give the impression he was a financially disadvantaged person, he approached the respondents on four occasions, offering to sell them two new video cassette recorders, a slightly used video cassette recorder, two new telephones and a new alarm clock. He received a total of \$60 for the goods.

As none of the merchandise offered and sold by the undercover officer was actually stolen, but had instead come from a merchant who had agreed to lend the goods to the police for the purposes of their investigation, the objective of the operation was to establish if the respondents were laundering merchandise as part of their normal commercial activities while believing, if not knowing for certain, that the goods were stolen. The undercover officer was supposed to offer the merchandise while mentioning that it was "hot" or indicating as much in similar terms such that there could be no doubt that the goods were illegally obtained.

According to the officer's notes, the first "sale", that of a used Sony video cassette recorder with remote control, unfolded as follows:

[TRANSLATION]

- Daoust: "Does it work?" (referring to the video equipment).
- 008: "I don't know. It's not mine. It's hot. I have to unload it."
- Daoust: (staring closely at the undercover officer and smiling faintly) "You got any I.D.?"

sous le vocable « agent 008 », qui irait offrir de la marchandise qu'il déclarerait volée à des commerçants ciblés.

L'intimé Claude Daoust est le propriétaire de trois commerces de prêts sur gages et d'effets d'occasion, incluant le commerce « Argent Comptant », situé dans la ville de Québec. L'intimé Éric Bois est le gérant de ce commerce. C'est ainsi qu'entre le 2 et le 5 décembre 1997, l'agent d'infiltration s'est présenté au commerce Argent Comptant à quatre reprises pour y offrir des marchandises aux intimés Daoust et Bois. L'agent d'infiltration aurait laissé sous-entendre que la marchandise était d'une provenance criminelle. Vêtu de manière à laisser croire qu'il était financièrement démunie, il s'est présenté chez les intimés à quatre reprises pour vendre aux intimés deux magnétoscopes neufs, un magnétoscope légèrement usagé, deux téléphones neufs et un réveille-matin neuf. Il a reçu pour ces biens la somme totale de 60 \$.

Comme toute la marchandise que l'agent d'infiltration a offerte et vendue aux intimés n'était pas réellement volée, mais provenait d'un commerçant ayant accepté de prêter certains biens pour les besoins de l'enquête policière, l'opération visait à établir que les intimés recyclaient de la marchandise dans le cadre normal de leurs activités commerciales, non pas en sachant, mais bien en croyant, que cette marchandise provenait de vols. L'agent d'infiltration devait donc offrir la marchandise en précisant qu'il s'agissait de « stock hot » ou, en utilisant d'autres termes semblables, pour ne laisser aucun doute sur la provenance illégale des biens.

Selon les notes de l'agent, la première « vente », soit celle d'un appareil vidéo et d'une télécommande Sony usagés, se serait réalisée de la façon suivante :

- Daoust : « Il marche? », désignant les appareils.
- 008 : « Je ne sais pas, il n'est pas à moi, c'est du stock hot, il faut que je m'en débarrasse ».
- Daoust : (il aurait dévisagé attentivement l'agent et aurait esquisssé un petit sourire). « As-tu des cartes? » (pour identification du vendeur).

4

5

6

- 008: "Yeah, but don't call the police. I don't want any trouble, O.K.?"
- Daoust: "Well, I can't give you \$50 for stuff like that. I'll give you \$20 if it works."
- 008: "Come on. Give me at least \$30. I need the money."
- Daoust: "If it's stolen, \$20 and not a penny more."

7 Similar meetings leading to sales occurred over the next three days. The last transaction, one involving a new Sony video cassette recorder, ended with the merchandise being accepted for \$5. At that time, the respondent Daoust told the undercover officer that this was the last time they would do business together, to which the respondent Bois added, [TRANSLATION] "We can't always be helping you to steal."

8 In accordance with Quebec City municipal by-law 755, which requires that all transactions be recorded in a register, the transactions between the undercover officer and the respondents were entered in the shop's computer. However, the copy of the contract normally given to the client was deliberately torn up, while the respondents kept the originals in their files.

9 Shortly after the final transaction, that is, during the afternoon of December 5, 1997, police officers went to the shop and executed a search warrant to recover the goods from the previous transactions. In two separate cases, the respondents were charged under ss. 141 and 462.31(1)(a) *Cr. C.* with compounding an indictable offence and laundering proceeds of crime. The evidence presented at the respondent Daoust's trial, including his testimony, was introduced with consent at the trial of the respondent Bois, who chose not to testify.

III. Judicial History

10 On July 3, 2000, Judge Dionne of the Court of Québec acquitted the respondents of compounding an indictable offence, stating that he was unable to conclude that the respondents had conspired with the undercover officer to conceal an indictable offence they knew or believed had been committed, as required under the offence. The respondents were

- 008 : « Oui, mais appelle pas la police, je ne veux pas de trouble, OK? ».
- Daoust : « Ben, avec du stock comme ça, t'auras pas 50 \$, je vais te donner 20 \$ s'il marche ».
- 008 : « Ben, 30 \$ au moins, j'ai besoin d'argent ».
- Daoust : « 20 \$ pas plus, s'il est volé ».

De telles rencontres, menant à des ventes, se sont produites au cours des trois jours suivants. La dernière transaction, soit la vente d'un magnétoscope Sony neuf, s'est terminée par l'acceptation de cette marchandise pour la somme de 5 \$. L'intimé Daoust a mentionné alors à l'agent d'infiltration que c'était la dernière fois qu'il faisait affaire avec lui, tandis que l'intimé Bois a ajouté : « On ne peut pas toujours t'aider à voler ».

Conformément au Règlement municipal n° 755 de la ville de Québec, qui exige que toute transaction soit inscrite dans un registre, les transactions entre l'agent d'infiltration et les intimés ont fait l'objet d'une entrée sur l'ordinateur du commerce. Toutefois, la copie du contrat normalement remise au client a été systématiquement déchirée, les intimés conservant les originaux dans leurs dossiers.

Peu après la dernière transaction, soit le 5 décembre 1997 en après-midi, des policiers munis d'un mandat de perquisition sont allés récupérer la marchandise ayant fait l'objet de chacune des transactions. Dans deux dossiers distincts, les intimés ont été accusés en vertu de l'art. 141 et de l'al. 462.31(1)a) *C. cr.* des infractions de composition avec un acte criminel et de recyclage des produits de la criminalité. La preuve recueillie au procès de l'intimé Daoust, y compris son témoignage, a été versée, de consentement, au procès de l'intimé Bois qui a choisi de ne pas témoigner.

III. Historique des procédures judiciaires

Le 3 juillet 2000, le juge Dionne de la Cour du Québec acquitte les intimés de l'infraction de composition avec un acte criminel; il se dit incapable de conclure que les intimés se sont engagés auprès de l'agent d'infiltration à dissimuler un acte criminel qu'ils savaient ou croyaient avoir été commis, tel que le requiert l'infraction. Les intimés sont

nevertheless found guilty of laundering proceeds of crime under s. 462.31 *Cr. C.* According to Judge Dionne, the transfer of possession of the property, as evidenced by the respondents' receiving, registering, taking possession of and storing the property, constituted the *actus reus* of the offence.

With respect to the *mens rea*, Judge Dionne held that the offence of laundering includes the intent to conceal or convert property, as well as the knowledge or belief that the property was obtained illegally. With regard to the meaning of the word "convert", Judge Dionne stated that the word must be given its ordinary meaning and does not require evidence of stealth:

[TRANSLATION] We would have expected Parliament to use words such as "disguise", "conceal" or "place beyond reach" rather than "convert" if it had intended to reaffirm the element of stealth. Why should the mental element necessarily be surreptitiousness when changing ill-gotten property already includes a mental element of making the detection of such property difficult?

(C.Q., Nos. 200-01-039905-983 and 200-01-39910-983, July 3, 2000, p. 21)

Judge Dionne concluded by affirming that the Crown had proved that the respondents knew or believed that the property had been obtained or derived as a result of the commission of an offence. He drew the following conclusion (at p. 28):

[TRANSLATION] The evidence as a whole persuades us that the two accused were prepared to accept items for a ridiculously low price despite the dubious origins of the goods. The court is convinced that, under the apparent protection of a by-law requiring them to specify the identity of items purchased, the two accused smelled a bargain and closed their eyes to the dubious origins of the property. [Footnote omitted.]

The Quebec Court of Appeal allowed the respondents' appeal and ordered that acquittals be substituted for the convictions entered against the respondents Daoust and Bois ((2002), 165 C.C.C. (3d) 123).

Fish J.A. ruled that the *actus reus* had not been made out in this case, as the respondents, in purchasing the property from the undercover officer, had not transferred the possession of the property

toutefois déclarés coupables de recyclage des produits de la criminalité en vertu de l'art. 462.31 *C. cr.* Selon le juge Dionne, le transfert de possession des biens, tel qu'illustré par la réception, l'inscription, la prise de possession et l'entreposage des biens par les intimés, constitue l'*actus reus* de l'infraction.

En ce qui a trait à la *mens rea*, le juge Dionne précise que l'infraction de recyclage comporte l'intention de cacher ou de convertir le bien, ainsi que la connaissance ou la croyance de l'origine illégale du bien. Concernant la signification du mot « convertir », le juge Dionne précise que ce mot doit être interprété selon son sens ordinaire et n'exige pas la preuve d'un élément de furtivité :

Il nous apparaît que le législateur aurait utilisé des mots tels que « déguisé », « caché », « mettre à l'écart » et non pas « convertir », s'il avait voulu réaffirmer l'élément de furtivité. Pourquoi l'élément moral malfaisant devrait-il nécessairement être subrepticte alors que le fait de changer un bien mal acquis comporte déjà un élément mental malfaisant qui rend plus difficile le dépistage de ce bien?

(C.Q., nos 200-01-039905-983 et 200-01-39910-983, 3 juillet 2000, p. 21)

En dernier lieu, le juge Dionne affirme que la poursuite a fait la preuve que les intimés savaient ou croyaient que les biens avaient été obtenus ou provenaient de la commission d'un crime. Il tire la conclusion suivante (p. 28) :

La preuve dans son ensemble nous convainc que les deux accusés ont préféré accepter pour un prix dérisoire des objets qu'ils savaient d'origine douteuse. Sous l'apparente protection d'un règlement voulant qu'ils spécifient l'identité des objets obtenus, le tribunal est convaincu que les deux accusés ont flairé « la bonne affaire » et se sont fermés [sic] les yeux sur la douteuse provenance des biens. [Renvoi omis.]

La Cour d'appel du Québec accueille l'appel des intimés et ordonne que des acquittements soient substitués aux déclarations de culpabilité des intimés Daoust et Bois ((2002), 165 C.C.C. (3d) 123).

Le juge Fish conclut que l'*actus reus* n'a pas été établi en l'espèce puisque les intimés n'ont pas transféré la possession de biens qu'ils croyaient volés en achetant ces biens de l'agent d'infiltration.

11

12

13

14

they believed to be stolen. In Fish J.A.'s opinion, s. 462.31 is aimed at individuals who, having control or possession of proceeds of crime, commit one of the prohibited acts with the requisite knowledge and intent (at para. 15):

The Crown's case against Daoust and Bois is that they acted as principals, not as accessories. Thus, while "008" doubtless transferred the possession of the purportedly "hot" property when he sold it to Daoust and Bois, the Crown does not allege that Daoust and Bois thereby aided and abetted "008" in the commission *by him* of an offence under s. 462.31 of the *Criminal Code*. Nor could the Crown do so: "008" committed no offence under that section, since he neither knew nor believed that the property was stolen — indeed, he knew that it was not.

15 Having concluded that the *actus reus* had not been made out, Fish J.A. nevertheless went on to consider the *mens rea*. With regard to the meaning of the word "convert", he said, at paras. 24-25:

In its ordinary sense, to "convert" is to "change in form, character or function": *The Canadian Oxford Dictionary*, 1998, p. 309.

That definition corresponds, in my view, to the evident objectives of s. 462.31 of the *Code*: to prevent those who commit enterprise crime offences and designated drug offences from placing the proceeds of their crimes beyond reach or recognition — or difficult to trace, identify or recover — and to punish those who help them to do so.

16 Having adopted this definition of "convert", Fish J.A. could not conclude that the respondents intended to change, transform or alter the merchandise they had purchased, as he was of the opinion that the respondents' intent was to sell the goods, rather than to cover up the crime that supposedly had been committed.

IV. Analysis

A. *Particulars of the Indictment*

17 Before I begin my analysis, I would like to point out that some of the parties' arguments before

À son avis, l'art. 462.31 vise l'individu qui, ayant le contrôle ou la possession des produits de la criminalité, accomplit un des actes prohibés avec la connaissance et l'intention requises (par. 15) :

[TRADUCTION] Selon la théorie présentée par le ministère public contre Daoust et Bois, ceux-ci auraient agi comme acteurs principaux, et non comme complices. Ainsi, bien qu'il ne fasse aucun doute que l'agent « 008 » a transféré la possession de la marchandise censément « hot » en la vendant à Daoust et à Bois, le ministère public n'allègue pas que Daoust et Bois ont de ce fait aidé ou encouragé l'agent « 008 » à commettre une infraction prévue à l'article 462.31 du *Code criminel*. Le ministère public ne pourrait d'ailleurs pas faire cette allégation : l'agent « 008 » n'a commis aucune infraction prévue à cet article puisqu'il ne savait pas et ne croyait pas que les biens avaient été volés — en fait, il savait qu'il ne s'agissait pas de biens volés.

Ayant conclu que l'*actus reus* n'avait pas été établi, le juge Fish procède néanmoins à l'examen de la *mens rea*. En ce qui a trait au sens du mot « convertir », il dit, aux par. 24-25 :

[TRADUCTION] Dans son sens ordinaire, le terme « *to convert/convertir* » signifie « changer la forme, la nature ou la fonction » : *The Canadian Oxford Dictionary*, 1998, p. 309.

Cette définition reflète, selon moi, l'objet manifeste de l'article 462.31 du *Code* : empêcher ceux qui commettent des infractions de criminalité organisée et des infractions désignées en matière de drogue de mettre les produits de leurs crimes hors de portée ou de les rendre méconnaisables — ou difficiles à retracer, à reconnaître ou à récupérer — et punir ceux qui les aident à le faire.

Ayant adopté cette définition du mot « convertir », le juge Fish ne peut conclure que les intimés avaient l'intention de changer, transformer ou modifier la marchandise qu'ils avaient achetée, étant d'avis que l'intention des intimés était plutôt de vendre les biens et non de camoufler le crime pré-tendument commis.

IV. Analyse

A. *La particularité de l'acte d'accusation*

Avant de procéder à l'analyse, je tiens à souligner que certains arguments des parties devant cette Cour

this Court concern elements that could have been alleged in the indictment, but were not, and more importantly were not raised at trial or in the Court of Appeal. The Court must, in these circumstances, focus on what in fact was alleged, since the issues are circumscribed by the earlier debate, which dealt exclusively with the fact that the accused allegedly committed the offence of laundering proceeds of crime provided for in s. 462.31 *Cr. C.* and not that they allegedly attempted, aided or abetted that offence.

The indictment brought against the accused reads in part as follows:

[TRANSLATION] 2. In the month of December 1997, at Quebec City, District of Québec, the accused did, in any matter and by any means, transfer the possession of property with the intent to conceal or convert that property, knowing or believing that all or a part of that property was obtained directly or indirectly as a result of the commission in Canada of an enterprise crime offence or a designated substance offence, thereby committing an offence under s. 462.31[(1)](a) of the Criminal Code.

The present discussion must therefore be limited to determining whether the offence was committed by means of a transfer of possession. The Crown was free to particularize the charge differently or to describe it generally, but it was bound by its choice. In Fish J.A.'s opinion, at para. 13, the Crown's specific theory at trial might result from the difference between the English and French versions of s. 462.31, which I mentioned earlier:

The English version thus makes it an offence to perform any of the enumerated acts in relation to property that is known or thought to be proceeds of crime or to *otherwise deal with it in any manner and by any means*. The French version, on the other hand, makes it an offence in any manner *to perform the enumerated acts*. This difference can only be harmonized by adopting the narrower French version. And it is perhaps for this reason that the Crown, in drafting the indictments that concern us here, felt constrained to allege one of those enumerated acts — that Daoust and Bois had transferred possession of the property sold to them by "008". On the particular facts, I would have expected the Crown, if it felt free to do so, to allege instead, in virtue of the English-language basket clause, that Daoust and Bois had *otherwise dealt*

portent sur des éléments qui auraient pu être allégués dans l'acte d'accusation, mais qui ne l'ont pas été, et qui n'ont surtout pas été plaidés au procès, ni en Cour d'appel. La Cour doit, dans ces circonstances, s'attarder à ce qui a effectivement été allégué, puisque les questions en litige sont circonscrites par le débat antérieur, lequel a porté exclusivement sur le fait que les accusés auraient commis l'infraction de recyclage des produits de la criminalité prévue à l'art. 462.31 *C. cr.* et non qu'ils auraient tenté de la commettre ou qu'ils en auraient aidé ou encouragé la perpétration.

L'acte d'accusation déposé contre les accusés se lit en partie comme suit :

2. Au cours du mois de décembre 1997, à Québec, district de Québec, a de quelque façon que ce soit, en transférant la possession de biens, dans l'intention de les cacher et de les convertir sachant ou croyant qu'ils ont été obtenus en totalité ou en partie directement ou indirectement, soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée, commettant ainsi l'acte criminel prévu à l'article 462.31[(1)]a) du Code criminel.

Le présent débat est donc limité; il s'agit d'établir si l'infraction a été commise par un « transfert de possession ». La poursuite avait le choix de préciser de façon différente l'accusation, ou de la décrire de façon générale, mais elle est liée par son choix. Selon le juge Fish, au par. 13, la théorie particulière de la poursuite au procès pourrait résulter de la divergence entre les versions anglaise et française du texte de l'art. 462.31, que j'ai signalée en introduction :

[TRADUCTION] Selon la version anglaise, commet donc une infraction quiconque accomplit l'un des actes énumérés à l'égard de biens, ou *effectue toutes autres opérations, de quelque façon que ce soit*, à leur égard, sachant ou croyant que ceux-ci proviennent de la criminalité. La version française, quant à elle, prévoit que commet une infraction quiconque accomplit *les actes énumérés*, de quelque façon que ce soit. Cette différence ne peut être résolue qu'en adoptant la version française, qui est plus restrictive. Et c'est probablement pour cette raison que le ministère public, en rédigeant l'acte d'accusation qui nous intéresse en l'espèce, s'est senti obligé d'alléguer la commission d'un des actes énumérés — soit que Daoust et Bois avaient transféré la possession des biens que leur avait vendus l'agent « 008 ». À la lumière

with the property in any manner and by any means.
 [Underlining added; italics in original.]

- 20 Based on the French version of s. 462.31, the Crown was limited with respect to the *actus reus* of which it accused the respondents, as the French version *prima facie* limits the material element of the offence to the acts enumerated therein. According to Fish J.A., if the Crown had wanted to define the alleged offence in a general manner, it should have done so in English, since the French version of s. 462.31, being more narrowly constructed, does not lend itself to the Crown's arguments.

- 21 Given that the Crown chose to accuse the respondents of transferring the possession of the property, the respondents submit that the Crown must prove that the offence was committed by this means, not by any other. They rely on the decision in *R. v. Saunders*, [1990] 1 S.C.R. 1020, in which McLachlin J. (as she then was) wrote, at p. 1023:

It is a fundamental principle of criminal law that the offence, as particularized in the charge, must be proved. In *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31, at p. 37, this Court decided that once the Crown has particularized the narcotic in a charge, the accused cannot be convicted if a narcotic other than the one specified is proved. The Crown chose to particularize the offence in this case as a conspiracy to import heroin. Having done so, it was obliged to prove the offence thus particularized. To permit the Crown to prove some other offence characterized by different particulars would be to undermine the purpose of providing particulars, which is to permit "the accused to be reasonably informed of the transaction alleged against him, thus giving him the possibility of a full defence and fair trial": *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, at p. 13.

- 22 It is a well-established legal principle that an accused need only answer the charges as they appear in the indictment and that the Crown has the burden of proving them unless it requests an amendment,

des faits particuliers de l'affaire, je me serais attendu à ce que le ministère public, se sentant libre de le faire, allègue plutôt, en se fondant sur la disposition fourrée tout de la version anglaise, que Daoust et Bois avaient effectué toutes autres opérations, *de quelque façon que ce soit, à l'égard des biens*. [Je souligne; en italique dans l'original.]

En se fondant sur la version française de l'art. 462.31, la poursuite était limitée quant à l'*actus reus* qu'elle pouvait reprocher aux intimés car cette version, à sa face même, limite l'élément matériel de l'infraction aux choses qui y sont énumérées. Si elle avait voulu définir l'infraction reprochée de façon générale, il aurait fallu, selon le juge Fish, qu'elle le fasse en anglais, car, compte tenu de l'argumentation de la poursuite relative à l'interprétation de l'art. 462.31, la version française, plus restrictive, ne le permet pas.

Étant donné que la poursuite a choisi de reprocher aux intimés le « transfert de possession », ceux-ci soutiennent qu'elle doit prouver que l'infraction a été commise par ce moyen et non un autre. Ils s'appuient sur l'arrêt *R. c. Saunders*, [1990] 1 R.C.S. 1020, où la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) indiquait, à la p. 1023:

Il existe un principe fondamental en droit criminel que l'infraction, précisée dans l'acte d'accusation, doit être prouvée. Dans l'arrêt *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31, à la p. 37, notre Cour a décidé que lorsque le ministère public a précisé le stupéfiant dans un chef d'accusation, l'accusé ne peut être déclaré coupable si on fait la preuve d'un autre stupéfiant que celui qui est précis. Le ministère public a choisi de particulariser l'infraction en l'espèce en précisant qu'il s'agissait d'un complot pour importer de l'héroïne. Ayant fait cela, il était obligé de faire la preuve de l'infraction ainsi précisée. Permettre au ministère public de faire la preuve d'une autre infraction ayant des caractéristiques différentes reviendrait à miner la raison pour laquelle des détails sont apportés, c'est-à-dire permettre à « l'accusé [...] [d']être raisonnablement informé de l'infraction qu'on lui impute, pour lui donner ainsi la possibilité d'une défense complète et d'un procès équitable » : *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, à la p. 13.

Il est bien établi en droit qu'un accusé est seulement tenu de répondre à l'accusation telle qu'elle a été portée et que la Couronne est tenue de la prouver, quitte à demander par la suite une modification,

which in this case was not done in time. Pursuant to s. 601(3) *Cr. C.*, a court may amend a count in an indictment at any stage of the proceedings provided it is a particular of the offence that is amended: *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31 (*per* Lamer J., as he then was); *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, at p. 427 (*per* Ritchie J.). However, an amendment to the indictment we are concerned with would not constitute a change in the particulars of the offence. Rather, it would amount to laying a different charge from the one originally brought. At any rate, this Court is certainly not prepared to amend the indictment at this stage of the proceedings.

Our analysis should therefore be limited to what is alleged in the indictment and was pleaded at trial. The subject matter of this case, in relation to the *actus reus*, is thus limited to whether the respondents effectively participated in a transfer of possession within the meaning of s. 462.31 *Cr. C.*

B. *Actus Reus*

In light of the inconsistency in the two versions of s. 462.31 with respect to the *actus reus* of the offence, it would be appropriate at this point to briefly address the question of bilingual statutory interpretation. A clarification of the principles of interpretation would help us to better understand the scope of s. 462.31 and the expression “transfers the possession of”.

Fish J.A. recognized that the English and French versions of s. 462.31 offer differing descriptions of the elements of the offence. In his view, this difference could only be resolved by adopting the French version, which is more restrictive. However, Fish J.A. does not explain his reasons for choosing the French version over the English and does not apply any of the principles of bilingual statutory interpretation enshrined in recent decisions of this Court. It is to this that I will now turn my attention.

(1) Principles of Bilingual Statutory Interpretation

The Court has on several occasions discussed how a bilingual statute should be interpreted in cases where there is a discrepancy between the two

ce qui n'a pas été fait en temps utile. En vertu du par. 601(3) *C. cr.*, un tribunal peut modifier un chef d'accusation à tout stade des procédures lorsqu'il s'agit d'un détail de l'infraction : *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31 (le juge Lamer, plus tard Juge en chef); *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, p. 427 (le juge Ritchie). Toutefois, un changement à l'acte d'accusation en l'espèce ne constituerait pas une précision apportée à un élément de l'infraction, mais reviendrait plutôt à porter une accusation différente de l'accusation initiale. De toute manière, cette Cour n'est aucunement disposée à modifier l'acte d'accusation à ce stade des procédures.

Il faut donc limiter la présente analyse à ce qui a été allégué dans l'acte d'accusation et plaidé au procès. L'objet du litige, en ce qui concerne l'*actus reus*, est donc limité à la participation effective à un « transfert de possession » par les intimés au sens de l'art. 462.31 *C. cr.*

B. *Actus reus*

Vu le problème de concordance des deux versions de l'art. 462.31 en ce qui concerne l'*actus reus* de l'infraction, il est utile d'aborder brièvement la question de l'interprétation des lois bilingues en début d'analyse. Une clarification des principes d'interprétation permettra de mieux comprendre la portée de l'art. 462.31 et de l'expression « transf[érer] la possession ».

Le juge Fish, à la Cour d'appel, reconnaissait que les versions française et anglaise de l'art. 462.31 décrivent différemment les éléments constitutifs de l'infraction. Selon lui, cette différence ne peut être harmonisée qu'en adoptant la version française, qui est plus restrictive. Cependant, en choisissant de faire primer la version française, le juge Fish n'explique pas son choix et n'applique aucun des principes d'interprétation des lois bilingues consacrés par les jugements récents de cette Cour. Je vais donc m'y attarder.

(1) Les principes d'interprétation d'une loi bilingue

Cette Cour a discuté à plusieurs reprises de l'interprétation d'une loi bilingue lorsqu'il y a divergence entre les deux versions d'un même texte.

23

24

25

26

versions of the same text. For example, in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62, at para. 56, LeBel J. wrote:

A principle of bilingual statutory interpretation holds that where one version is ambiguous and the other is clear and unequivocal, the common meaning of the two versions would *a priori* be preferred; see: Côté, *supra*, at p. 327; and *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589. Furthermore, where one of the two versions is broader than the other, the common meaning would favour the more restricted or limited meaning: see Côté, *supra*, at p. 327; *R. v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378; *Maurice Pollack Ltée v. Comité paritaire du commerce de détail à Québec*, [1946] S.C.R. 343; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456, at pp. 464-65; and *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 669.

As well, in *R. v. Mac*, [2002] 1 S.C.R. 856, 2002 SCC 24, at para. 5, I stated the following:

The *Criminal Code* is a bilingual statute of which both the English and French versions are equally authoritative. In his *Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327, Pierre-André Côté reminds us that statutory interpretation of bilingual enactments begins with a search for the shared meaning between the two versions.

I would also draw attention to the two-step analysis proposed by Professor Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 324, for resolving discordances resulting from divergences between the two versions of a statute:

Unless otherwise provided, differences between two official versions of the same enactment are reconciled by educating the meaning common to both. Should this prove to be impossible, or if the common meaning seems incompatible with the intention of the legislature as indicated by the ordinary rules of interpretation, the meaning arrived at by the ordinary rules should be retained.

27

There is, therefore, a specific procedure to be followed when interpreting bilingual statutes. The first step is to determine whether there is discordance. If the two versions are irreconcilable, we must rely on other principles: see Côté, *supra*, at p. 327. A purposive and contextual approach is favoured: see, for example, *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and*

Par exemple, dans l'affaire *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62, le juge LeBel rappelait, au par. 56 :

Selon un principe d'interprétation des lois bilingues, lorsqu'une version est ambiguë tandis que l'autre est claire et sans équivoque, il faut privilégier a priori le sens commun aux deux versions : voir Côté, *op. cit.*, p. 413-414; et *Tupper c. The Queen*, [1967] R.C.S. 589. De plus, lorsqu'une des deux versions possède un sens plus large que l'autre, le sens commun aux deux favorise le sens le plus restreint ou limité : voir Côté, *op. cit.*, p. 414; *R. c. Dubois*, [1935] R.C.S. 378; *Maurice Pollack Ltée c. Comité paritaire du commerce de détail à Québec*, [1946] R.C.S. 343; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1977] 1 R.C.S. 456, p. 464-465; et *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, p. 669.

Également, dans *R. c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856, 2002 CSC 24, j'énonçais, au par. 5, ce qui suit :

Le *Code criminel* est une loi bilingue dont les versions anglaise et française font pareillement autorité. Dans son ouvrage intitulé *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 413-414, Pierre-André Côté rappelle que, pour interpréter une loi bilingue, il faut en premier lieu rechercher le sens qui est commun aux deux versions.

Je souligne de nouveau la démarche en deux étapes proposée par le professeur Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 410, servant à résoudre les antinomies découlant de divergences entre les deux versions d'un texte législatif :

... sauf disposition légale contraire, toute divergence entre les deux versions officielles d'un texte législatif est résolue en dégagant, si c'est possible, le sens qui est commun aux deux versions. Si cela n'est pas possible, ou si le sens commun ainsi dégagé paraît contraire à l'intention du législateur révélée par recours aux règles ordinaires d'interprétation, on doit entendre le texte dans le sens qu'indiquent ces règles.

Il y a donc une démarche précise à suivre pour l'interprétation des lois bilingues. La première étape consiste à déterminer s'il y a antinomie. Si les deux versions sont absolument et irréductiblement inconciliables, il faut alors s'en remettre aux autres principes d'interprétation : voir Côté, *op. cit.*, p. 413. Rappelons qu'il faut alors favoriser une interprétation téléologique et contextuelle : voir, par exemple, *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*,

Immigration), [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 27; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33.

We must determine whether there is an ambiguity, that is, whether one or both versions of the statute are “reasonably capable of more than one meaning”: *Bell ExpressVu, supra*, at para. 29. If there is an ambiguity in one version but not the other, the two versions must be reconciled, that is, we must look for the meaning that is common to both versions: Côté, *supra*, at p. 327. The common meaning is the version that is plain and not ambiguous: Côté, *supra*, at p. 327; see *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614; *Kwiatkowski v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856, at p. 863.

If neither version is ambiguous, or if they both are, the common meaning is normally the narrower version: *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 669; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue For Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456, at pp. 464-65. Professor Côté illustrates this point as follows, at p. 327:

There is a third possibility: one version may have a broader meaning than another, in which case the shared meaning is the more narrow of the two.

The second step is to determine whether the common or dominant meaning is, according to the ordinary rules of statutory interpretation, consistent with Parliament’s intent: Côté, *supra*, at pp. 328-329. At this stage, the words of Lamer J. in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1071, are instructive:

First of all, therefore, these two versions have to be reconciled if possible. To do this, an attempt must be made to get from the two versions of the provision the meaning common to them both and ascertain whether this appears to be consistent with the purpose and general scheme of the Code.

[2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 27; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33.

Il faut vérifier s’il y a ambiguïté, c’est-à-dire si une ou les deux versions de la loi sont « raisonnablement susceptible[s] de donner lieu à plus d’une interprétation » : *Bell ExpressVu*, précité, par. 29. S’il y a ambiguïté dans une version de la disposition et pas dans l’autre, il faut tenter de concilier les deux versions, c’est-à-dire chercher le sens qui est commun aux deux versions : Côté, *op. cit.*, p. 413. Le sens commun favorisera la version qui n’est pas ambiguë, la version qui est claire : Côté, *op. cit.*, p. 413-414; voir *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614; *Kwiatkowski c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, p. 863.

Si aucune des deux versions n’est ambiguë, ou si elles le sont toutes deux, le sens commun favorisera normalement la version la plus restrictive : *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, p. 669; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l’accise*, [1977] 1 R.C.S. 456, p. 464-465. Le professeur Côté illustre ce point comme suit, à la p. 414 :

Dans un troisième type de situation, l’une des deux versions a un sens plus large que l’autre, elle renvoie à un concept d’une plus grande extension. Le sens commun aux deux versions est alors celui du texte ayant le sens le plus restreint.

La deuxième étape consiste à vérifier si le sens commun ou dominant est conforme à l’intention législative suivant les règles ordinaires d’interprétation : Côté, *op. cit.*, p. 415-416. Sont pertinents à cette étape les propos du juge Lamer dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1071 :

Il faut donc, dans un premier temps, tenter de concilier ces deux versions. Pour ce faire il faut tenter de dégager des textes le sens qui est commun aux deux versions et vérifier si celui-ci semble conciliable avec l’objet et l’économie générale du Code.

28

29

30

31 Finally, we must also bear in mind that some principles of interpretation may only be applied in cases where there is an ambiguity in an enactment. As Iacobucci J. wrote in *Bell ExpressVu, supra*, at para. 28: “Other principles of interpretation — such as the strict construction of penal statutes and the ‘Charter values’ presumption — only receive application where there is ambiguity as to the meaning of a provision.”

(2) Application to this Case

32 In this case, it is quite simply not possible to say, as the appellant would have us do, that the English text is more consistent with Parliament’s intent. In this appeal, we must apply the rules of statutory interpretation to determine whether or not there is an apparent discordance, whether there is a common meaning and, finally, how consistent the common meaning, if there is one, is with Parliament’s intent.

(a) Discordance

33 Each version of s. 462.31 *Cr. C.* presents a variation of the offence of laundering proceeds of crime. While the French version simply lists the acts constituting the *actus reus* of the offence, that is, “utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession —”, the English version lists these same acts and adds a prohibition against any other dealings with respect to the property or its proceeds. The addition in the English version of the expression “or otherwise deals with” would appear, in effect, to leave the door open to other acts of laundering, thus avoiding the need to provide an exhaustive list.

34 Although the two versions are obviously irreconcilable, given the complete enumeration of the elements of the *actus reus* in the French version and the non-exhaustive enumeration in the English version, both versions taken individually are nevertheless clear, inasmuch as they are not reasonably capable of more than one meaning. Given that the versions are irreconcilable but not

Rappelons finalement que certains principes d’interprétation sont seulement applicables en cas d’ambiguïté d’un texte législatif. Comme le précisait le juge Iacobucci dans l’affaire *Bell ExpressVu*, précitée, par. 28 : « D’autres principes d’interprétation — telles l’interprétation stricte des lois pénales et la présomption de respect des “valeurs de la Charte” — ne s’appliquent que si le sens d’une disposition est ambigu. »

(2) Application aux faits de l’espèce

En l’espèce, il n’est tout simplement pas possible de dire, comme nous invite à le faire l’appelante, que le texte anglais correspond mieux à l’intention législative. Il faut plutôt appliquer les règles d’interprétation afin de déterminer, dans le présent pourvoi, s’il y a apparence d’antinomie, s’il y a un sens commun aux deux versions et, finalement, la compatibilité de ce sens commun, s’il en est, avec l’intention législative.

a) Antinomie

Chacune des versions de l’art. 462.31 *C. cr.* présente une variante de l’infraction de recyclage des produits de la criminalité. Tandis que la version française ne fait qu’énumérer les actes qui constituent l’*actus reus* de l’infraction, soit « utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — », la version anglaise énumère ces mêmes actes en ajoutant l’interdiction d’effectuer toutes autres opérations à l’égard des biens ou de leurs produits. En effet, l’ajout, à la version anglaise, de l’expression « *or otherwise deals with* » semble laisser la porte ouverte à d’autres actes de recyclage, évitant ainsi une énumération exhaustive.

Même si ces deux versions sont clairement inconciliables, étant donné l’énumération complète des éléments de l’*actus reus* dans la version française et l’énumération non exhaustive dans la version anglaise, les deux textes pris individuellement sont clairs, c’est-à-dire qu’ils ne sont pas raisonnablement susceptibles de donner lieu, de part ou d’autre, à plus d’un sens. Étant donné que les textes

individually ambiguous, the next step is to consider their common meaning.

(b) *Common Meaning*

As I have already mentioned, when one of the two versions of a provision of a bilingual statute has a broader meaning than the other, the common meaning of the two versions is normally the one that is derived from the version with a more restricted meaning. This rule is especially relevant in a criminal context, as the accused may, depending on which version he or she reads, form a different conception of the elements of the offence in question.

Here, the only possible common meaning is the most restrictive one. This common meaning is easily derived, as the two versions list similar prohibited acts, with the exception of the added phrase which appears in the English version only. Since the English version cannot represent the common meaning, the French version must. Thus, we are restricted to the elements of the *actus reus* enumerated in the French version.

As mentioned earlier, it is important to ensure that all accused persons, regardless of the official language in which they read s. 462.31, have the same understanding of the elements of the offence of laundering proceeds of crime. The two versions must therefore publicize exactly the same description of the offence. It would not be fair to propose an interpretation whereby in one language the elements of the *actus reus* would be met, but not in the other. If we adopted the English version, which is broader than the French one, this Court would be making an undue judicial amendment of the statute. For these reasons, the Court must favour the French version.

(c) *Compatibility of the Common Meaning with Parliament's Intent*

The intervener the Attorney General of Canada argues that the divergence between the two versions of s. 462.31 is the result of a mere oversight

sont inconciliables sans être ambigus individuellement, l'analyse en l'espèce consistera d'abord à déterminer le sens commun aux deux versions.

b) *Sens commun*

Comme je l'ai mentionné, lorsque l'une des deux versions d'une disposition bilingue a un sens plus large que l'autre, le sens commun aux deux versions est normalement celui qui découle du texte ayant le sens le plus restreint. Cette règle est particulièrement pertinente dans le contexte criminel, puisqu'un justiciable, selon la version de la disposition qu'il lit, risque autrement d'avoir une idée différente de ce qui constitue l'infraction en question.

En l'espèce, le seul sens commun qui est possible est le sens le plus restreint. Ce sens commun est facile à dégager puisque les deux versions de l'art. 462.31 énumèrent des comportements prohibés semblables, à l'exception d'un seul ajout qui ne se retrouve que dans la version anglaise. Tandis que le texte anglais ne peut pas représenter le sens commun, l'inverse est vrai. Il faut donc se limiter à l'énumération des éléments de l'*actus reus* qui se trouve dans la version française.

Tel que mentionné plus tôt, il est important de s'assurer que tous les justiciables, peu importe la langue officielle dans laquelle ils lisent l'art. 462.31, ont la même idée de ce qui constitue l'infraction de recyclage des produits de la criminalité. Les deux versions doivent donc porter à l'attention du public exactement la même description de l'infraction. Il ne serait pas juste de proposer une interprétation qui ferait que, dans une langue, l'*actus reus* serait complet alors qu'il ne le serait pas dans l'autre langue. En adoptant la version anglaise, qui est plus large que la version française, cette Cour apporterait indûment une modification judiciaire à la loi. Conséquemment, elle doit privilégier la version française.

c) *Compatibilité du sens commun avec l'intention législative*

L'intervenant le procureur général du Canada explique que la divergence entre les deux versions de l'art. 462.31 résulte d'une simple omission du

35

36

37

38

on the part of Parliament. According to the Attorney General, the legislative history shows that Parliament's true intent is reflected in the English version of the provision. It is therefore important that our analysis include a brief examination of the provision's legislative history.

39 Section 462.31 *Cr. C.* (formerly s. 420.11) was originally part of Bill C-61, which was enacted by Parliament on January 1, 1989 (S.C. 1988, c. 51 (now R.S.C. 1985, c. 42 (4th Supp.)), s. 2). This provision created, for the first time in Canada, an offence of "laundering proceeds of crime". Bill C-61 also added provisions to the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, and the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1985, c. F-27, which both contained separate offences covering the laundering of proceeds of crime in situations in which property or the proceeds of property were derived by committing offences under these Acts. The new provisions of these two Acts mirror the relevant portions of s. 420.11 *Cr. C.* Consequently, the English and French versions of these provisions were not perfectly consistent with each other, that is, the English version contained the expression "or otherwise deals with, in any manner and by any means", while the French version had no equivalent expression. The relevant parts of the two versions of the above-mentioned provisions read as follows:

462.31 [420.11] (1) Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds . . . [Emphasis added.]

462.31 [420.11] (1) Est coupable d'une infraction quiconque — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir . . .

40 In 1993, the *Excise Act*, R.S.C. 1985, c. E-14, and the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.),

législateur. Selon lui, l'historique législatif révèle la véritable intention du Parlement, qui est reflétée dans la version anglaise de la disposition. Un bref regard sur l'historique législatif s'avère donc important pour cette analyse.

L'article 462.31 *C. cr.* (initialement l'art. 420.11) faisait, à l'origine, partie du projet de loi C-61, proclamé par le Parlement le 1^{er} janvier 1989 (L.C. 1988, ch. 51 (maintenant L.R.C. 1985, ch. 42 (4^e suppl.)), art. 2). Cette disposition créait, pour la première fois au Canada, une infraction de « recyclage des produits de la criminalité ». Faisaient aussi partie du projet de loi C-61 les nouvelles dispositions de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, et de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, ch. F-27, qui contenaient des infractions distinctes de recyclage des produits de la criminalité pour les situations dans lesquelles les biens ou leurs produits provenaient de la commission d'infractions prévues dans ces lois. Les nouvelles dispositions de ces lois reprenaient les parties pertinentes de l'art. 420.11 *C. cr.* Conséquemment, les versions française et anglaise de ces dispositions ne correspondaient pas parfaitement, c'est-à-dire que la version anglaise contenait l'expression « *or otherwise deals with, in any manner and by any means* », tandis que la version française ne contenait pas d'expression équivalente. Les parties pertinentes des deux versions des dispositions susmentionnées se lisait comme suit :

462.31 [420.11] (1) Est coupable d'une infraction qui — de quelque façon que ce soit — utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte, modifie ou aliène des biens ou leurs produits — ou en transfère la possession — dans l'intention de les cacher ou de les convertir . . .

462.31 [420.11] (1) Every one commits an offence who uses, transfers the possession of, sends or delivers to any person or place, transports, transmits, alters, disposes of or otherwise deals with, in any manner and by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds . . . [Je souligne.]

En 1993, la *Loi sur l'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-14, et la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985,

were amended to add provisions creating an offence of laundering proceeds of crime to cover cases in which the proceeds were derived from the commission of offences under those Acts (S.C. 1993, c. 25, ss. 38 and 89). These provisions were drafted differently from those of the other three Acts and the English and French versions were more consistent with each other. The English version contained the expression “or otherwise deal with, in any manner or by any means”, while the French version prohibited the following: “*d’effectuer toutes autres opérations à leur égard*”. The relevant portions of s. 126.2 of the *Excise Act* and s. 163.2 of the *Customs Act* read as follows:

No person shall use, transfer the possession of, send or deliver to any person or place, transport, transmit, alter, dispose of or otherwise deal with, in any manner or by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds

Il est interdit à quiconque d'utiliser, d'envoyer, de livrer à une personne ou à un endroit, de transporter, de modifier ou d'aliéner des biens ou leur produit — ou d'en transférer la possession —, ou d'effectuer toutes autres opérations à leur égard, et ce de quelque façon que ce soit, dans l'intention de les cacher ou de les convertir [Emphasis added.]

In 1997, the *Narcotic Control Act* was repealed, as was the part of the *Food and Drugs Act* that contained the offence of laundering proceeds of crime: S.C. 1996, c. 19, ss. 94 and 81. They were replaced by the *Controlled Drugs and Substances Act*, which itself included a provision forbidding the laundering of proceeds of crime. As it had done in 1993, Parliament drafted the provision in such a manner as to ensure that the English and French versions were consistent with each other.

In 1998 and 2000, Parliament enacted s. 5 of the *Corruption of Foreign Public Officials Act*, S.C. 1998, c. 34, and s. 28 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24. Here again, the English and French versions are concordant.

ch. 1 (2^e suppl.), ont été modifiées pour y ajouter des dispositions prévoyant l'infraction de recyclage des produits de la criminalité pour traiter des cas dans lesquels les biens ou leurs produits provenaient de la commission d'infractions prévues par l'une ou l'autre de ces lois (L.C. 1993, ch. 25, art. 38 et 89). Ces dispositions ont été rédigées différemment des trois autres dispositions et on y retrouvait une meilleure concordance entre les versions française et anglaise. Tandis que la version anglaise contenait l'expression « *or otherwise deal with, in any manner or by any means* », la version française interdisait : « *d'effectuer toutes autres opérations à leur égard* ». Les parties pertinentes des art. 126.2 de la *Loi sur l'accise* et l'art. 163.2 de la *Loi sur les douanes* se lisaiient comme suit :

Il est interdit à quiconque d'utiliser, d'envoyer, de livrer à une personne ou à un endroit, de transporter, de modifier ou d'aliéner des biens ou leur produit — ou d'en transférer la possession —, ou d'effectuer toutes autres opérations à leur égard, et ce de quelque façon que ce soit, dans l'intention de les cacher ou de les convertir

No person shall use, transfer the possession of, send or deliver to any person or place, transport, transmit, alter, dispose of or otherwise deal with, in any manner or by any means, any property or any proceeds of any property with intent to conceal or convert that property or those proceeds [Je souligne.]

En 1997, la *Loi sur les stupéfiants* a été abrogée, ainsi que la partie de la *Loi sur les aliments et drogues* qui comportait l'infraction de recyclage des produits de la criminalité : L.C. 1996, ch. 19, art. 94 et 81. Elles ont été remplacées par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, qui contient à son tour une disposition prohibant le recyclage des produits de la criminalité. Comme il l'avait fait en 1993, le Parlement a rédigé la disposition en assurant la concordance des versions française et anglaise.

En 1998 et 2000, le législateur proclamait l'art. 5 de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, L.C. 1998, ch. 34, et l'art. 28 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24. Encore une fois, les versions française et anglaise des dispositions concordent.

- 43 Finally, in 2001, Parliament amended Part XII.2 of the *Criminal Code* (in which s. 462.31 appears), specifically to give the Attorney General of Canada the power to prosecute the laundering of proceeds of crime obtained or derived from a “designated offence”. The five other provisions allowing the Attorney General of Canada to prosecute the laundering of proceeds of crime were therefore repealed, namely s. 9 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, s. 163.2 of the *Customs Act*, s. 126.2 of the *Excise Act*, s. 5 of the *Corruption of Foreign Public Officials Act*, and s. 28 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*: S.C. 2001, c. 32, ss. 48, 62, 64, 58 and 60. However, s. 462.31(1) was not amended, so the discrepancy between the English and French versions of this provision remained.
- 44 We can conclude from the legislative history of the enactments pertaining to the laundering of proceeds of crime that Parliament’s true intent was to criminalize all acts (“or otherwise deal with”) in relation to the proceeds of crime where the intent is to conceal or convert them. This intent is explicit in the English version of s. 462.31. Nevertheless, the legislative intent revealed by the history must be one that could reasonably be supported by the text of the statute. Such is not the case here. Parliament did not achieve what it intended when it drafted s. 462.31. For this reason, the French version, the one with the narrower meaning, must be favoured. Here, we are concerned with discovering not only the intent that Parliament was pursuing, but also the intent it expressed: *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976, at pp. 994-95.
- 45 The two versions of s. 462.31 are divergent because of an error or an omission on the part of Parliament, but that does not give this Court the authority to amend a clearly drafted enactment: *Gaysek v. The Queen*, [1971] S.C.R. 888, at p. 895; *Ville de Montréal v. ILGWU Center Inc.*, [1974]
- Finalement, en 2001, le Parlement a modifié la partie XII.2 du *Code criminel* (dans laquelle figure l’art. 462.31), notamment pour donner au procureur général du Canada le pouvoir de poursuivre les infractions de recyclage des produits de la criminalité qui découlent d’une « infraction désignée ». Les cinq autres dispositions permettant au procureur général du Canada de poursuivre les infractions de recyclage des produits de la criminalité ont donc été abrogées, soit l’art. 9 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, l’art. 163.2 de la *Loi sur les douanes*, l’art. 126.2 de la *Loi sur l’accise*, l’art. 5 de la *Loi sur la corruption d’agents publics étrangers* et l’art. 28 de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre* : L.C. 2001, ch. 32, art. 48, 62, 64, 58 et 60. Cependant, aucune modification n’a été apportée au par. 462.31(1) et la divergence entre les versions française et anglaise de cette disposition est maintenue.
- On peut conclure de l’historique des textes législatifs traitant de l’infraction de recyclage des produits de la criminalité que l’intention réelle du Parlement était bien de criminaliser tous les actes accomplis (« toutes autres opérations ») à l’égard des produits du crime dans l’intention de les cacher ou de les convertir. Cette intention du législateur est explicite dans la version anglaise de l’art. 462.31. Toutefois, l’intention législative qui est révélée par l’historique doit en être une qui peut raisonnablement trouver appui dans le texte de la loi. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Le législateur n’a pas réalisé son intention dans la rédaction de l’art. 462.31; voilà pourquoi la version française, qui a un sens plus restreint, doit être favorisée. Il ne s’agit pas, en l’espèce, seulement de trouver l’intention que poursuivait le législateur, mais bien l’intention qu’il a exprimée: *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976, p. 994-995.
- Le fait que la divergence entre les deux versions de l’art. 462.31 puisse être attribuée soit à une erreur, soit à une omission du législateur, n’autorise pas cette Cour à modifier un texte législatif clair : *Gaysek c. La Reine*, [1971] R.C.S. 888, p. 895; *Ville de Montréal c. ILGWU Center Inc.*, [1974] R.C.S.

S.C.R. 59, at p. 66. If this Court did have such authority, an accused could not know the limits of his or her liability.

The appellant submits that in *R. v. Tejani* (1999), 138 C.C.C. (3d) 366, the Ontario Court of Appeal recognized that Parliament's intent in enacting s. 462.31 was to catch every facet of the laundering of proceeds of crime. *Tejani* concerned s. 19.2 of the *Narcotic Control Act*, a provision corresponding to s. 462.31 Cr. C., but in the context of property obtained through the perpetration of drug offences. In that case, Laskin J.A. remarked on the very broad nature of Parliament's purpose: "I think it evident from Bill C-61's origin and purpose, and from the broad language of s. 19.2 [of the *Narcotic Control Act*], that Parliament intended to cast a wide net over the laundering of the proceeds of illicit drug dealing" (para. 26). However, it should be noted that Laskin J.A. referred only to the English version of s. 19.2 of the *Narcotic Control Act* when he inferred the purpose of Bill C-61; he did not attempt to derive a common meaning from the English and French versions. The analysis used in *Tejani* is therefore of no assistance on this issue, in that *Tejani* dealt only with the English version.

It therefore follows that the text to be analysed here is the one that allows us to establish the common meaning, that is, the more restrictive of the two versions. Since the two versions are identical, with the exception of an addition in the English version, the French version must prevail for the purposes of this analysis.

(3) Was the Purchase a "Transfer of Possession" Within the Meaning of Section 462.31 Cr. C.?

The following question now arises: does one "transfer the possession" of property in the context of laundering proceeds of crime if one buys the property with the intention of converting it? The Court of Appeal answered this question in the negative, and I believe its interpretation is the correct one in this case. The Court of Appeal held that s. 462.31,

59, p. 66. Si cette Cour se le permettait, un justiciable ne connaîtrait pas les limites à sa responsabilité.

L'appelante, en invoquant l'arrêt *R. c. Tejani* (1999), 138 C.C.C. (3d) 366, fait valoir que la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que l'intention du législateur, en promulguant l'art. 462.31, était d'en-glober toutes les facettes du crime de recyclage des produits de la criminalité. L'affaire *Tejani* portait sur l'art. 19.2 de la *Loi sur les stupéfiants*, la disposition correspondante de l'art. 462.31 C. cr. visant les biens provenant de la perpétration d'infractions en matière de drogue. Dans cette affaire, le juge Laskin notait l'objectif très large du législateur : [TRADUCTION] « Je crois qu'il ressort clairement de l'origine et de l'objet du projet de loi C-61, ainsi que des termes généraux utilisés dans l'art. 19.2 [de la *Loi sur les stupéfiants*] que l'intention du législateur était de ratisser large pour s'attaquer au blanchiment des produits du trafic de stupéfiants » (par. 26). Il faut cependant noter que le juge Laskin infère l'objectif du projet de loi C-61 en se référant uniquement à la version anglaise de l'art. 19.2 de la *Loi sur les stupéfiants* et non en essayant de trouver le sens commun des versions française et anglaise. L'analyse de l'affaire *Tejani* n'est donc pas utile sur ce point dans la mesure où elle ne traite que de la version anglaise.

Il s'ensuit donc que le texte à analyser en l'espèce est celui qui permet d'établir un sens commun, soit le sens le plus restreint des deux versions. Puisque les deux versions sont identiques, à l'exception d'un ajout dans la version anglaise, la version française est celle à retenir pour la présente analyse.

(3) L'achat fait-il partie d'un « transfert de possession » au sens de l'art. 462.31 C. cr.?

La question qui se pose ici est la suivante : est-on coupable d'un « transfert de possession » au sens de l'infraction de recyclage des produits de la criminalité lorsqu'on achète un bien dans l'intention de le convertir? La Cour d'appel a correctement interprété la notion de « transfert de possession » en répondant à cette question par la négative. Elle

46

47

48

as drafted, does not apply to the receiver of the property (at para. 14):

Read as a whole, s. 462.31 appears to me to be aimed at the person who, having the control or possession of the proceeds of a crime, carries out any of the prohibited activities — uses the proceeds, transfers their possession, transports them, alters them or disposes of them — with the prohibited knowledge and intent, to which I shall return presently. [Emphasis added.]

49 Section 462.31 contains a list of acts that are essentially unilateral ones. The “transfer of possession” is the act of the person who has the control or possession of the object and then tries to pass it on to another. This interpretation is compatible with the ordinary meaning of the word “transfer/transfert”, that is, [TRANSLATION] “[a]ct whereby a person transmits a right to another”: *Le Nouveau Petit Robert* (2002); [TRANSLATION] “[t]ransmission of a right from one holder to another”: Gérard Cornu, ed., *Vocabulaire juridique* (8th ed. 2000); “[a]ny mode of disposing of or parting with an asset or an interest in an asset”: *Black’s Law Dictionary* (7th ed. 1999). Although “transfer/transfert” necessarily implies a relationship between two persons and that a beneficiary of the transfer is an essential element of carrying it out, the offence is not aimed at the beneficiary. This is demonstrated by the text of s. 462.31 itself, which criminalizes the act of “deliver[ing] to any person or place”. This clarification highlights the fact that Parliament intended that this provision apply only to the party originally having control of the property, rather than both parties.

50 The word “transfer” (*transfert*) must therefore be given its ordinary meaning, this despite the presence of the expression “in any manner and by any means” (*de quelque façon que ce soit*) in s. 462.31. The appellant argues that the inclusion of this expression demonstrates Parliament’s intent that the terms in s. 462.31, including the word “transfer”, be given a large and liberal interpretation. I cannot accept this argument. The words “in any manner and by any means” do not add to the number of activities constituting a transfer of possession. Rather, they qualify the methods by which it is possible to

affirme que l’art. 462.31, tel que rédigé, ne s’applique pas à la personne qui reçoit les biens (par. 14) :

[TRADUCTION] Lorsque je le considère dans son ensemble, l’article 462.31 me paraît viser la personne qui, ayant le contrôle ou la possession des produits de la criminalité, se livre à l’une des activités prohibées — utilise les produits, en transfère la possession, les transporte, les modifie ou les aliène — en ayant la connaissance et l’intention prohibées, auxquelles je reviendrai à l’instant. [Je souligne.]

L’article 462.31 comporte en effet une énumération d’actes qui sont principalement de nature unilatérale. Le « transfert de possession » est donc l’acte de celui qui a le contrôle, la possession de l’objet, et qui essaie ensuite de le passer à autrui. Cette interprétation est compatible avec le sens ordinaire du mot « transfert », soit « [a]cte par lequel une personne transmet un droit à une autre » : *Le Nouveau Petit Robert* (2002); « [t]ransmission d’un droit d’un titulaire à un autre » : Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique* (8^e éd. 2000); [TRANSLATION] « [t]oute façon de se départir d’un bien ou de ses intérêts dans un bien » : *Black’s Law Dictionary* (7^e éd. 1999). Bien qu’un « transfert » implique nécessairement une relation entre deux personnes et qu’un bénéficiaire du transfert soit un élément essentiel à sa réalisation, ce dernier n’est pas visé par l’infraction. Cela est démontré par le texte même de l’art. 462.31, qui criminalise le geste de « livrer[r] à une personne ou à un endroit » : cette précision met en évidence le fait que le législateur ne visait pas les deux parties, mais plutôt celle qui détient à l’origine le contrôle sur le bien.

Le mot « transfert » doit donc être interprété selon son sens ordinaire et ce, malgré la présence de l’expression « de quelque façon que ce soit » à l’art. 462.31. L’appelante allègue que l’inclusion de cette expression témoigne d’une volonté législative de donner une portée large et libérale aux termes utilisés à l’art. 462.31, dont le mot « transfert ». Cet argument ne peut être retenu. Les mots « de quelque façon que ce soit » n’ont pas pour effet d’élargir le nombre d’activités qui peuvent constituer un « transfert ». Ils ont plutôt pour effet de qualifier les méthodes par lesquelles il est

execute the transfer, leaving unanswered the question as to whom this provision is intended to apply. For example, within the meaning of s. 462.31, the transportation of property could include any mode of transportation, be it boat, airplane, car or any other ("in any manner and by any means"). In other words, one of the elements of the *actus reus* enumerated in s. 462.31 must be present, but the manner in which this element is carried out is unimportant. The activities criminalized by this provision all concern the same person, that is, the person who originally has the object in his or her possession and seeks to dispose of it.

The appellant also argued that both versions of s. 462.31 show an unequivocal intent to encompass all positive acts committed in relation to criminally obtained property for the purpose of converting or concealing it. However, upon examining the list of prohibited acts in this provision, it would appear that all these acts are of the same nature or category and apply only to the person with control over the property. For example, the verbs "sell" (*vendre*), "give" (*donner*), "exchange" (*échanger*) and "dispose of" (*se départir*) are close in meaning to the enumerated acts. However, the word "purchase" (*achat*) has an altogether different meaning, so this Court could not interpret a series of terms as including that word when it does not share their common meaning. For this reason, buying or receiving property or similar acts involving the person who accepts or acquires the property do not constitute elements of the offence of laundering proceeds of crime. This is an application of the *noscitur a sociis* rule. According to that rule, the meaning of a term may be revealed by its association with other terms where the latter may not be read in isolation: Côté, *supra*, at p. 313, and *Minister of Municipal Affairs of the Province of New Brunswick v. Canaport Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 599, at p. 604.

This interpretation is supported by a reading of s. 354 Cr. C., which already prohibits the possession of criminally obtained property:

354. (1) Every one commits an offence who has in his possession any property or thing or any proceeds of any

possible d'effectuer le transfert, sans toutefois toucher le problème de l'identification de la personne qui est assujettie à la disposition. Par exemple, le « transport » d'un bien, au sens de l'art. 462.31, pourrait s'effectuer par bateau, par avion, par voiture ou par un autre mode de transport, soit « de quelque façon que ce soit », pourvu qu'il s'agisse d'un « transport ». Autrement dit, peu importe la façon dont il est accompli, un des éléments de l'*actus reus* qui figure expressément à l'art. 462.31 doit être présent. Les gestes criminalisés par cette disposition visent tous la même personne, soit celle qui, à l'origine, a l'objet en sa possession et cherche à s'en défaire.

L'appelante allègue également que les deux versions de l'art. 462.31 présentent une intention non équivoque d'englober tout acte positif à l'égard de biens criminellement obtenus, dans le but de les convertir ou de les cacher. En examinant l'énumération des gestes prohibés dans cette disposition, il paraît toutefois évident que ces actes sont tous d'une même nature ou catégorie et ne visent que la personne qui a le contrôle des biens. À titre d'exemples, les verbes « vendre », « donner », « échanger » et « se départir » ont un sens qui se rapproche des comportements énumérés. Cependant, « achat » a un sens complètement différent et cette Cour ne saurait l'ajouter par interprétation à une série de termes pour lesquels ce n'est pas le sens commun. Par conséquent, ni l'achat, ni la réception de biens, ni des actions semblables visant la personne qui accepte ou acquiert les biens ne constituent des éléments de l'infraction de recyclage des produits de la criminalité. Il s'agit ici d'un cas d'application de la règle *noscitur a sociis*. Suivant cette règle, le sens d'un terme peut être révélé par son association à d'autres termes lorsque ceux-ci ne peuvent pas être lus isolément : Côté, *op. cit.*, p. 395, et *Ministre des Affaires municipales du Nouveau-Brunswick c. Canaport Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 599, p. 604.

Cette interprétation est renforcée par la lecture de l'art. 354 C. cr. qui interdit déjà la possession de biens obtenus de façon criminelle :

354. (1) Commet une infraction quiconque a en sa possession un bien, une chose ou leur produit sachant que

property or thing knowing that all or part of the property or thing or of the proceeds was obtained by or derived directly or indirectly from

- (a) the commission in Canada of an offence punishable by indictment; or
- (b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted an offence punishable by indictment.

This provision is aimed specifically at persons who receive or accept property despite knowing it to be of illicit origin. It would thus be redundant to interpret the word “*transfert*” in s. 462.31 as including the act of purchasing or possessing property when another provision of the *Criminal Code* already prohibits that act. Although a statute may be redundant, the contrary is presumed: Côté, *supra*, at p. 278; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864. It must therefore be presumed that s. 462.31 criminalizes different behaviours, since Parliament does not speak in vain: *Bell ExpressVu, supra*, at para. 37; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 617; *Quebec (Attorney General) v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838.

53

In the present case, the evidence shows that the respondents bought the merchandise believing it to be stolen. However, in light of the foregoing, the act of purchasing this merchandise is not the equivalent of “transfers the possession of”, which is the element of the offence specified in the indictment and which the Crown must prove. For this reason, it is my opinion that the respondents did not transfer the possession of the property within the meaning of s. 462.31.

(4) Enterprise Crime

54

Section 462.31, as it read at the time the respondents were charged, required proof that an offence referred to in a paragraph had been committed, namely, an “enterprise crime offence” or a “designated substance offence”. Since, at the time charges were brought against the respondents, “designated substance offence” only included offences under the *Controlled Drugs and Substances Act*, the

tout ou partie d'entre eux ont été obtenus ou proviennent directement ou indirectement :

- a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation;
- b) soit d'un acte ou d'une omission en quelque endroit que ce soit, qui aurait constitué, s'il avait eu lieu au Canada, une infraction punissable sur acte d'accusation.

Cette disposition vise spécifiquement la personne qui reçoit ou accepte les biens, sachant que ceux-ci ont une provenance illégale. Il serait donc redondant d'interpréter le mot « transfert » à l'art. 462.31 comme incluant l'action d'acheter ou de posséder puisqu'une autre disposition du *Code criminel* l'interdit déjà. Même si une loi peut comporter des redondances, on doit présumer qu'elle n'en contient pas : Côté, *op. cit.*, p. 351; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864. Il faut donc présumer que l'art. 462.31 criminalise des comportements différents puisque le législateur n'est pas censé parler pour ne rien dire : *Bell ExpressVu*, précité, par. 37; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 617; *Québec (Procureur général) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838.

En l'espèce, la preuve démontre que les intimés ont acheté de la marchandise qu'ils croyaient volée. Cependant, à la lumière de ce qui précède, le fait d'avoir acheté cette marchandise n'équivaut pas à l'acte de « transférer la possession », l'élément de l'infraction qui est précisé à l'acte d'accusation et que le ministère public est tenu de prouver. Par conséquent, je suis d'avis que les intimés n'ont pas « transféré la possession » au sens de l'art. 462.31.

(4) Criminalité organisée

Le libellé de l'art. 462.31 qui était en vigueur au moment de l'accusation des intimés exigeait la preuve d'une infraction visée par un sous-paragraphe, soit une « infraction de criminalité organisée » ou une « infraction désignée ». Puisque, au moment des accusations portées contre les intimés, les « infractions désignées » étaient uniquement celles découlant de la *Loi réglementant*

respondents argue that the final element of the *actus reus* of which they stand accused must be laundering property or proceeds of property derived from an enterprise crime offence. Therefore, they submit not only that the property or its proceeds must come from the commission of an offence, but also that the offence must have been committed by a criminal organization.

Here, the respondents advance the same argument that was rejected by the trial judge, who was of the opinion that an “enterprise crime offence” does not incorporate the element of organization implied by the words “*criminalité organisée*” and therefore does not necessarily have to be committed by a criminal organization. The respondents’ argument was also rejected by the Court of Appeal, which explained its reasoning as follows:

Some might think it curious, bearing in mind its French equivalent (“une infraction de criminalité organisée”) that “enterprise crime offence” should include, as it does pursuant to s. 462.3 of the *Code*, any one of more than 50 different offences, even if committed only once by a single offender acting alone. And the specified offences range from paying or accepting secret commissions to murder, theft, fraud and uttering forged documents. *In addition*, “enterprise crime offence” includes any indictable offence under any Act of Parliament “committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization for which the maximum punishment is imprisonment for five years or more”. [Emphasis in original.]

At the time, s. 462.3 of the *Criminal Code* specifically identified offences deemed to be “enterprise crime offences”. Since theft was one such offence (see s. 462.3 “enterprise crime offence” (a)(xi)), the statutory conditions were met in this case, regardless of whether the activity was related to a criminal organization or not.

C. *Mens Rea*

Does the Term “Convert” Require Intent to Conceal?

The *mens rea* of the offence of laundering proceeds of crime has two elements: (1) intent to

certaines drogues et autres substances, ceux-ci allèguent, comme dernier élément de l’*actus reus*, qu’on leur reproche d’avoir recyclé des biens ou leurs produits provenant d’une infraction de criminalité organisée. Conséquemment, ils prétendent que non seulement les biens ou leurs produits doivent provenir de la perpétration d’une infraction, mais aussi que cette infraction doit avoir été perpétrée par une organisation criminelle.

Les intimés reprennent ici un argument qui a été rejeté par le juge de première instance, qui était d’avis que la notion d’« infraction de criminalité organisée » n’englobe pas la notion d’organisation que suggèrent les mots « criminalité organisée » et donc ne requiert pas la commission des actes par des organisations criminelles. L’argument des intimés a également été rejeté par la Cour d’appel en ces termes :

[TRADUCTION] D’aucuns peuvent trouver curieux, compte tenu de son équivalent français (« infraction de criminalité organisée »), que l’expression « *enterprise crime offence* » s’entende, comme c’est le cas en vertu de l’art. 462.3 du *Code*, de l’une quelconque d’au-delà de 50 infractions différentes, commise par un seul contrevenant agissant seul. Et les infractions énumérées vont du versement ou de l’acceptation de commissions secrètes au meurtre, au vol, à la fraude et à l’emploi de documents contrefaçons. L’expression « infraction de criminalité organisée » comprend aussi toute infraction constituant un acte criminel défini par une loi fédérale, « possible d’un emprisonnement maximal de cinq ans ou plus et commis au profit ou sous la direction d’un gang, ou en association avec lui ». [En italique dans l’original.]

Or, le *Code criminel* identifiait spécifiquement à l’époque, à son art. 462.3, les infractions qui étaient réputées être des « infractions de criminalité organisée ». Ainsi, le vol étant de ce nombre (voir sous-al. 462.3 « infraction de criminalité organisée » a)(xi)), les conditions légales étaient respectées en l’espèce, qu’il s’agisse ou non d’une activité reliée à une organisation criminelle quelconque.

C. *Mens rea*

Le terme « convertir » exige-t-il l’intention de dissimuler?

La *mens rea* du crime de recyclage des produits de la criminalité comporte deux éléments, soit

conceal or convert property or proceeds of property, and (2) knowledge or belief that the property or proceeds were derived from an enterprise crime offence or a designated substance offence. The issue raised in the present case hinges on the meaning of the word "convert".

⁵⁷ The respondents rely on the following conclusions of the Court of Appeal to argue that proof of intent to conceal the proceeds is required to establish *mens rea* (at para. 25):

That definition corresponds, in my view, to the evident objectives of s. 462.31 of the *Code*: to prevent those who commit enterprise crime offences and designated drug offences from placing the proceeds of their crimes beyond reach or recognition — or difficult to trace, identify or recover — and to punish those who help them to do so. [Emphasis added.]

In this Court, the parties pointed out that the Court of Appeal held that an intent to disguise must be proved to establish *mens rea* under s. 462.31 *Cr. C.* This seems to be in keeping with the trend in Quebec case law, according to which "intent to convert", like "intent to conceal", requires an element of concealment or transformation for the purpose of making the proceeds undetectable. I am not convinced that Fish J.A. really adopted this point of view since he does not refer to the intent to conceal when he deals with the question in para. 26 of his reasons. Be that as it may, given the uncertainty with respect to the Court of Appeal's conclusions and the divergent interpretations the courts have given to this expression, I shall first examine the case law concerning the interpretation of the expression "intent to convert".

(a) *Quebec Court of Appeal: Morielli*

⁵⁸ In *R. v. Morielli*, [2000] R.J.Q. 364, the Quebec Court of Appeal ruled that "intent to convert" requires an element of concealment or transformation. More specifically, it held that [TRANSLATION] "for the actions of the police to have been illegal, it would have to have been shown that there was an intent to hide the criminal origins of the currency" (para. 60).

(1) l'intention de cacher ou de convertir des biens ou leurs produits (2) sachant ou croyant que ces biens ou produits proviennent d'une infraction de criminalité organisée ou d'une infraction désignée. Le problème soulevé dans la présente affaire se situe au niveau du sens à donner au mot « convertir ».

Les intimés s'appuient sur les conclusions suivantes de la Cour d'appel pour faire valoir que la *mens rea* exige la preuve d'une intention de dissimulation (par. 25) :

[TRADUCTION] Cette définition reflète, selon moi, l'objet manifeste de l'art. [462.31] du *Code* : empêcher ceux qui commettent des infractions de criminalité organisée et des infractions désignées en matière de drogue de mettre les produits de leurs crimes hors de portée ou de les rendre méconnaissables — ou difficiles à retracer, à reconnaître ou à récupérer — et punir ceux qui les aident à le faire. [Je souligne.]

Devant cette Cour, les parties ont fait valoir que la Cour d'appel a conclu qu'une preuve de caractère occulte doit être faite pour qu'existe la *mens rea* requise par l'art. 462.31 *C. cr.* Cela suivrait la tendance jurisprudentielle au Québec, selon laquelle « l'intention de convertir » nécessite, tout autant que « l'intention de cacher », un élément de dissimulation ou de transformation dans le but de faire disparaître. Je ne suis pas persuadé que le juge Fish ait réellement adopté ce point de vue puisqu'il ne se réfère pas à l'intention de dissimuler quand il tranche la question au par. 26 de ses motifs. Quoi qu'il en soit, étant donné qu'il y a incertitude quant aux conclusions de la Cour d'appel et qu'il y a des divergences dans les interprétations données à cette expression par divers tribunaux, je vais d'abord examiner la jurisprudence en ce qui concerne l'interprétation de l'expression « l'intention de convertir ».

a) *La Cour d'appel du Québec — l'affaire Morielli*

Dans l'affaire *R. c. Morielli*, [2000] R.J.Q. 364, la Cour d'appel du Québec décidait que « l'intention de convertir » nécessite un élément de dissimulation ou de transformation. Elle affirmait notamment que « pour conclure à l'illégalité de l'action policière, il aurait fallu démontrer une intention de masquer des devises de provenance criminelle » (par. 60).

It is helpful to examine the context in which the decision in *Morielli* was rendered to fully understand the reasoning behind it. Unlike the present case, which concerns charges of laundering the proceeds of an individual's crime, *Morielli* dealt with an application brought by the accused in relation to the illegality of a police investigation in which police officers operated a currency exchange office to identify criminal organizations engaged in importing and trafficking in narcotics. In *Morielli*, proof of an intent to hide the criminal origins of the converted money had been presented to exclude the possibility that the police involved in the operation were not in turn found guilty. I note in this regard that amendments have since been made to s. 25.1(8) of the *Criminal Code* authorizing, on certain conditions, the commission of "an act or omission — or . . . directing the commission of an act or omission . . . — that would otherwise constitute an offence".

The interpretation given to the word "convert" by the Court of Appeal in that case was supported by the decision in *R. v. Bouchard* (1995), 45 C.R. (4th) 55, in which Pinard J. of the Quebec Superior Court dealt with Mr. Morielli's preliminary application for a stay of proceedings. At para. 29, Pinard J. tried to relate "intent to convert" to "intent to conceal" to arrive at a common intent to conceal the origin of the property:

[TRANSLATION] In every dictionary, the usual meaning of the word "convert" is to change something into something else or transform it. In relation to the word "conceal", and in the general context of this section, the word "convert" could only mean to transform property so as to hide its origins.

It is true that the *noscitur a sociis* rule, which we applied earlier, allows us to determine the meaning of a term through its relation to other terms. However, this principle is normally applied when interpreting terms in an enumeration: Côté, *supra*, at p. 313; see also 2747-3174 *Quebec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 195.

In the present case, the words "conceal" and "convert" are not part of a list. On the contrary, they

Il est utile d'examiner le contexte dans lequel la décision *Morielli* a été rendue pour bien comprendre ce raisonnement. Contrairement à la présente affaire, qui consiste en une accusation de recyclage des produits de la criminalité de particuliers, l'affaire *Morielli* portait sur une requête présentée par l'accusé relativement à l'illégalité des activités des policiers qui avaient mené une opération de comptoir de change afin d'identifier les organisations criminelles œuvrant dans l'importation et le trafic de stupéfiants. Dans *Morielli*, la preuve d'une intention de masquer la provenance criminelle de l'argent converti avait été présentée pour écarter la possibilité que les policiers qui avaient mené l'opération ne soient reconnus coupables à leur tour. Je noterai sous ce rapport que des modifications ont depuis lors été apportées au par. 25.1(8) du *Code criminel* autorisant, sous certaines conditions, la commission d'"un acte ou une omission qui constituerait par ailleurs une infraction, ou d'en ordonner la commission".

L'interprétation donnée au mot « convertir » par la Cour d'appel dans cette affaire s'appuyait sur la décision *R. c. Bouchard* (1995), 45 C.R. (4th) 55, dans laquelle le juge Pinard de la Cour supérieure du Québec avait tranché la requête préliminaire en suspension d'instance présentée par M. Morielli. Au paragraphe 29, le juge Pinard tentait d'associer « l'intention de convertir » à « l'intention de cacher » afin de dégager une intention commune de dissimulation de la provenance des biens :

Dans tous les dictionnaires, un sens habituel du mot « convertir » est celui de « changer une chose en une autre, la transformer ». Associé au mot « cacher » et placé dans le contexte général de l'article, le mot « convertir » ne peut donc que signifier « la transformation d'un bien de façon à en masquer la provenance ».

Il est vrai que la règle d'interprétation *noscitur a sociis*, que nous avons appliquée précédemment, permet de dégager le sens d'un terme par son association à d'autres termes. Mais ce principe s'applique le plus souvent à l'interprétation des termes faisant partie d'une énumération : Côté, *op. cit.*, p. 395; voir aussi 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 195.

En l'espèce, les mots « cacher » et « convertir » ne font pas partie d'une énumération. Au contraire,

are two distinct terms with distinct meanings. This is demonstrated by Parliament's use of the expression "with intent to conceal or convert", as the use of the word "or" shows an intent to distinguish the two terms from each other. For this reason, these two terms should not be read together, and the *noscitur a sociis* rule does not apply.

(b) *Ontario Court of Appeal: Tejani*

- 62 In *Tejani, supra*, the Ontario Court of Appeal ruled that the term "convert" does not require intent to conceal or disguise the illicit origin of property. According to the Court of Appeal, the courts should not read into the *mens rea* of the offence of money laundering an intent that is required only in the case of someone accused of having acted with an "intent to conceal". Laskin J.A., was of the opinion, at paras. 28 and 30, that the term "convert" does not have the same meaning as the word "conceal":

The words "conceal" and "convert" are not synonymous. Conceal does mean to hide. But convert has a broader meaning; it means to change or transform.

Absent a good reason, I do not think that the court should read words into a criminal statute. I do not find any good reason to read the word "disguise" into s. 19.2. The section is not ambiguous and, as drafted, gives effect to what I consider to be Parliament's obvious intention.

It would be redundant for the expression "convert" in s. 462.31 to mean "conceal", as that term is already found in the wording of the provision. Moreover, as P. M. German points out in *Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements* (1998), a parliamentary committee responsible for studying Bill C-61 had rejected a proposal to replace the words "conceal or convert" with "disguise".

- 63 I am therefore of the opinion that the interpretation given to "intent to convert" by the Ontario

ce sont deux termes distincts qui ont des sens différents. Cela est démontré par l'emploi par le législateur de l'expression « dans l'intention de les cacher ou de les convertir », puisque l'emploi du mot « ou » démontre une intention de disjoindre les deux termes. Conséquemment, ceux-ci ne devraient pas être lus ensemble et la règle *noscitur a sociis* n'est pas applicable.

b) *La Cour d'appel de l'Ontario — l'affaire Tejani*

Dans l'affaire *Tejani*, précitée, la Cour d'appel de l'Ontario décidait que le terme « convertir » ne nécessitait pas l'intention de masquer ou de cacher la provenance d'un bien obtenu de façon criminelle. Selon elle, les tribunaux ne peuvent ajouter à la *mens rea* de l'infraction de recyclage une intention qui n'est requise qu'à l'égard de celui à qui on impute d'avoir agi dans « l'intention de cacher ». Quant au terme « convertir », le juge Laskin est d'avis, aux par. 28 et 30, qu'il a un sens différent du mot « cacher » :

[TRADUCTION] Les mots « cacher » et « convertir » ne sont pas synonymes. Cacher signifie dissimuler. Le mot « convertir » a un sens plus large : il signifie modifier ou transformer.

Je ne pense pas que la Cour devrait, sans raison valable, interpréter une loi pénale en y incorporant implicitement des mots. Je ne vois aucune raison valable d'introduire le mot « masquer » dans l'art. 19.2. Cet article n'est pas ambigu et, tel que rédigé, il reflète ce que j'estime être l'intention manifeste du législateur.

Il y aurait donc redondance si l'expression « convertir » à l'art. 462.31 signifiait « cacher », puisque ce mot se trouve déjà dans le libellé de la disposition. De plus, l'auteur P. M. German indique, dans son ouvrage *Proceeds of Crime : The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements* (1998), qu'un comité parlementaire chargé d'étudier le projet de loi C-61 avait rejeté une proposition de remplacer les mots « *conceal or convert* » par le mot « *disguise* ».

Je suis donc d'avis qu'il faut retenir l'interprétation donnée à « l'intention de convertir » par la Cour

Court of Appeal in *Tejani, supra*, is the correct one. The verb “to convert”, in my view, cannot be given the meaning of “disguise” or “conceal” unless there is an express indication to that effect in the enactment. Absent this, the term “convert” must be given its ordinary, literal meaning. While Parliament might have, in enacting s. 462.31, intended to prohibit acts to disguise or conceal the illicit origins of property or its proceeds, this was only a secondary purpose that was part of a much broader one, that is, to ensure that crime does not pay: *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, [2002] 3 S.C.R. 708, 2002 SCC 72, at para. 25. Section 462.31 has a broad deterrent effect, in that it is designed to prevent offenders from profiting from their crimes or from engaging in illegal activities, an objective that has nothing to do with disguising the origins of property or its proceeds.

Moreover, to read an intent to disguise into “convert” would mean that the offence of laundering proceeds of crime would apply only to clandestine transactions, while leaving the same acts, if committed openly, unpunished. This would be an unreasonable result, particularly in this case, where the evidence shows, as the Court of Appeal recognized at para. 21, that the respondents did not attempt to conceal or disguise the property they had purchased:

... the Crown concedes that there is no basis whatever for concluding that Daoust and Bois intended to “conceal” what they had bought. On the contrary, it appears that they intended to sell it openly in their pawnshop.

Given that the respondents bought the merchandise believing it to be stolen and made no attempt to disguise its origins, even recording the purchases in their register, the Court of Appeal concluded that they did not have the intent required to commit the offence of laundering proceeds of crime. Despite the air of legality the respondents gave to the transactions by recording the date of the purchase, as well as the name and address of the seller, in the register in compliance with municipal by-laws, the acts

d’appel de l’Ontario dans l’affaire *Tejani*, précitée. On ne peut, à mon avis, imputer au verbe « convertir » le sens de « dissimuler » ou « cacher » à moins que ce ne soit indiqué expressément dans le texte. Sans indication du caractère occulte, il faut donner au terme « convertir » son sens ordinaire et littéral. Quoique le Parlement ait pu avoir, en édictant l’art. 462.31, l’intention d’interdire les gestes accomplis pour dissimuler ou cacher la provenance criminelle des biens ou de leurs produits, ce n’était qu’un objectif secondaire qui s’inscrit dans un objectif beaucoup plus large, soit celui de s’assurer que le crime ne paie pas : *Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708, 2002 CSC 72, par. 25. En effet, l’art. 462.31 a un large objectif dissuasif, soit d’empêcher les contrevenants de profiter de leurs crimes ou de poursuivre leurs activités illégales, objectif n’ayant rien à voir avec la dissimulation de la provenance des biens ou de leurs produits.

De plus, l’exigence d’une intention de dissimulation pour « convertir » un bien ferait en sorte que le crime de recyclage des produits de la criminalité s’appliquerait seulement aux opérations faites de façon clandestine alors que les mêmes gestes accomplis ouvertement ne donneraient pas lieu à cette infraction. Il s’agit là d’un résultat déraisonnable, surtout en l’espèce, où, comme le reconnaissait la Cour d’appel au par. 21, la preuve démontre que les intimés ne tentaient pas de cacher ou de dissimuler les biens qu’ils avaient achetés :

[TRADUCTION] ... le ministère public admet qu’absolument rien ne permet de conclure que Daoust et Bois avaient l’intention de « cacher » les biens qu’ils avaient achetés. Au contraire, il semble qu’ils avaient l’intention de les vendre ouvertement dans leur commerce de prêts sur gages.

Étant donné que les intimés ont acheté de la marchandise qu’ils croyaient volée sans tenter d’en masquer la provenance, notamment en inscrivant les achats dans un registre, la Cour d’appel a conclu qu’ils n’avaient pas l’intention requise pour commettre l’infraction de recyclage des produits de la criminalité. Malgré l’apparence de légalité qu’ont donnée les intimés aux transactions en les inscrivant au registre et en décrivant la date et l’achat, ainsi que le nom et l’adresse de la personne qui leur avait

committed are nonetheless as illegal as if they had tried to conceal them. Even if, as the trial judge had indicated, the respondents did not [TRANSLATION] “intend to camouflage a crime” (p. 15 (emphasis added)), they still intended to commit it.

65 In short, I believe Parliament’s choice of words is indicative of its intention to forbid “conversion” pure and simple, thereby ensuring that those who convert property they know or believe to have illicit origins, regardless of whether they try to conceal it or not, do not profit from it. I am therefore of the opinion that Parliament’s intent and purpose in enacting s. 462.31 favours an interpretation of the word “convert” that does not include an intent to disguise. The interpretation given by the Quebec Court of Appeal to the term “convert” is too narrow and excludes from the scope of s. 462.31 activities that Parliament intended to prohibit.

D. *Attempting, Aiding and Abetting*

66 The appellant asks this Court, in the event it decides that the purchase does not constitute a “transfer of possession” within the meaning of the *actus reus* under s. 462.31, to substitute a verdict of guilty of attempting to commit the offence of laundering proceeds of crime under s. 462.31 *Cr. C.*, thereby finding that the respondents had the required *mens rea* for the offence of laundering in buying property they believed to be stolen with the intent to convert it. We cannot assent to that request.

67 As I mentioned at the beginning of my analysis, this Court’s analysis is limited in the present case by the theory advanced by the Crown at trial. As Fish J.A. remarked, the Crown had, at trial, argued that the accused were the principals to the offence of laundering. The Crown had not alleged that a crime had been committed because the respondents aided the seller, nor had it asked that a conviction for attempted laundering be substituted. As Fish J.A. stated, at paras. 15-16:

vendu le bien, cela pour se conformer au règlement de la ville, les gestes accomplis sont pourtant tout aussi illégaux que s’ils avaient tenté de les cacher. Même si, comme l’indique le juge de première instance, les intimés « n’avaient pas l’intention de camoufler un crime » (p. 15 (je souligne)), ils avaient tout de même l’intention de le commettre.

Bref, il me semble que le choix de mots du législateur est révélateur de son intention d’interdire la « conversion » pure et simple, afin de s’assurer que ceux qui convertissent des biens qu’ils savent ou croient être de provenance criminelle, peu importe s’ils tentent ou non de le cacher, ne puissent en profiter. Ainsi, je suis d’avis que l’intention du législateur et l’objectif de l’art. 462.31 favorisent une interprétation du mot « convertir » qui n’exige pas l’intention de dissimuler. L’interprétation qu’a donnée la Cour d’appel du Québec au terme « convertir » est trop restrictive et exclut de l’application de l’art. 462.31 des activités que le législateur avait l’intention de prohiber.

D. *Tentative, aide et encouragement*

L’appelante demande à cette Cour, si elle décide que l’achat ne constitue pas un « transfert de possession » au sens de l’*actus reus* de l’art. 462.31, de substituer un verdict de culpabilité de tentative de commettre l’infraction de recyclage des produits de la criminalité visée à l’art. 462.31 *C. cr.*, afin de reconnaître que les intimés avaient la *mens rea* requise pour commettre l’infraction de recyclage en achetant les biens qu’ils croyaient volés, dans l’intention de les convertir. Nous ne pouvons acquiescer à cette demande.

Comme je l’ai mentionné en début d’analyse, l’analyse de cette Cour est circonscrite en l’espèce par la théorie de la poursuite au procès. Comme l’a reconnu le juge Fish à la Cour d’appel, la poursuite a présenté, au procès, une théorie selon laquelle les accusés étaient les acteurs principaux dans l’infraction de recyclage. Elle n’a ni allégué que le crime était commis parce que les intimés avaient aidé le vendeur, ni demandé une substitution du verdict de culpabilité pour tentative de recyclage. Le juge Fish, aux par. 15-16, déclarait ainsi que :

The Crown's case against Daoust and Bois is that they acted as principals, not accessories. Thus, while "008" doubtless transferred the possession of the purportedly "hot" property when he sold it to Daoust and Bois, the Crown does not allege that Daoust and Bois thereby aided and abetted "008" in the commission by him of an offence under s. 462.31 of the *Criminal Code*. Nor could the Crown do so: "008" committed no offence under that section, since he neither knew nor believed that the property was stolen — indeed, he knew that it was not.

Moreover, the Crown has not asked us to consider a conviction for attempt. [Emphasis in original.]

If Fish J.A. had examined the question of attempt, he would have faced two problems. The first problem is the type of attempt alleged by the appellant, that is, whether the respondents committed an attempted laundering of proceeds of crime or an attempt to aid or abet the seller's own commission of the offence. The second problem is one of proximity, that is, whether the acts committed by the respondents were "act[s] more than merely preparatory taken in furtherance of the attempt" (*United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 50) and formed part of the same transaction as the main offence: *R. v. Poole*, [1997] B.C.J. No. 957 (QL) (C.A.), at para. 35. The appellant submits that, notwithstanding these problems, because of the evidence that the respondents bought the property, there should be a presumption of fact to the effect that the respondents would inevitably resell the property, making them at the very least guilty of attempt.

As I have already said, however, if attempt were to be considered in this Court, it would have to be considered in light of the wording of the charge, that is, an attempt to "transfer the possession" of the property. But none of the arguments put forward by the parties at trial or in the Court of Appeal address this issue. The Court may not, now, explore alternative theories of guilt. Since attempt was not alleged and was not pleaded by the parties, this Court cannot fall back on a new charge that has never been supported by an analysis or arguments until now. It was

[TRADUCTION] Selon la théorie présentée par le ministère public contre Daoust et Bois, ceux-ci auraient agi comme acteurs principaux, et non comme complices. Ainsi, bien qu'il ne fasse aucun doute que l'agent « 008 » a transféré la possession de la marchandise censément « hot » en la vendant à Daoust et à Bois, le ministère public n'allègue pas que Daoust et Bois ont de ce fait aidé ou encouragé l'agent « 008 » à commettre une infraction prévue à l'art. 462.31 du *Code criminel*. Le ministère public ne pourrait d'ailleurs pas faire cette allégation : l'agent « 008 » n'a commis aucune infraction prévue à cet article puisqu'il ne savait pas et ne croyait pas que les biens avaient été volés — en fait, il savait qu'il ne s'agissait pas de biens volés.

De plus, le ministère public ne nous a pas demandé d'envisager une déclaration de culpabilité pour tentative.

Si le juge Fish avait examiné la question de la tentative, il aurait fait face à deux problèmes. Le premier problème se situe au niveau du genre de tentative alléguée par l'appelante, à savoir si les intimés ont commis une tentative de recyclage des produits de la criminalité ou une tentative d'aider ou d'encourager le vendeur des biens à commettre lui-même l'infraction. Le deuxième problème se situe au niveau de la proximité, à savoir si les actes commis par les intimés « dépassaient le stade des actes simplement préparatoires à l'infraction » : *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 50, et faisaient partie de la même transaction que l'infraction principale : *R. c. Poole*, [1997] B.C.J. No. 957 (QL) (C.A.), par. 35. L'appelante soutenait que nonobstant ces problèmes, en raison de la preuve faite de l'achat par les intimés, il doit y avoir une présomption de fait que ceux-ci allaient inévitablement revendre les biens; ils seraient donc à tout le moins coupables de tentative.

68

Mais, je l'ai déjà dit, dans cette Cour, s'il fallait considérer la tentative, il faudrait le faire à la lumière du texte du chef d'accusation, c'est-à-dire de la tentative de « transférer la possession » des biens. Cependant, aucun des arguments présentés par les parties au procès ou en Cour d'appel n'aborrait cette question. Cette Cour ne doit pas, maintenant, explorer les théories subsidiaires de culpabilité. Puisque la tentative n'a pas été alléguée, et qu'elle n'a pas été plaidée par les parties, cette Cour ne peut se rabattre sur une nouvelle accusation

69

only before this Court that the appellant, for the first time, suggested an amendment to the indictment. I have already explained why this Court cannot amend the indictment at this stage of the proceedings.

70 I would point out in closing that the most important point to remember in this regard is that s. 601(3) *Cr. C.* only permits a court to amend a count in relation to a particular of the offence: *Morozuk, supra; Elliott, supra*, at p. 427 (*per* Ritchie J.). Amending the count in the present case, which referred specifically to the transfer of possession, it must be recalled, to substitute attempt to commit an offence not specified or defined in accordance with the English version of the provision, would not be a change in particulars, but rather of the act itself of which the respondents stand accused. To allow the Crown to make out a different offence would infringe on the accused's right "to be reasonably informed of the transaction alleged against him, thus giving him the possibility of a full defence and fair trial": *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, at p. 13. When, as in the present case, the indictment refers to a specific offence, the accused must not be misled.

V. Conclusion

71 I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Attorney General's Prosecutors for Quebec, Sainte-Foy.

Solicitors for the respondents: Labrecque Robitaille Roberge Asselin & Associés, Québec.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General, Toronto.

qui n'a jamais été soutenue par une analyse ou une argumentation jusqu'ici. L'appelante a suggéré une modification à l'acte d'accusation seulement devant cette Cour, pour la première fois. J'ai déjà expliqué pourquoi cette Cour ne saurait modifier l'acte d'accusation à ce stade de l'instance.

Je rappellerai en terminant l'élément le plus important à cet égard, soit que le par. 601(3) *C. cr.* permet seulement à un tribunal de modifier un chef d'accusation lorsqu'il s'agit d'un détail de l'infraction : *Morozuk*, précité; *Elliott*, précité, p. 427 (le juge Ritchie). La modification du chef d'accusation en l'espèce, qui se référat spécifiquement au transfert de possession, il faut le rappeler, pour y substituer la tentative de commettre une infraction non précisée ou définie selon la version anglaise de la disposition, ne changerait pas un détail de l'infraction, mais changerait bien l'acte même dont les intimés sont accusés. Permettre au ministère public de faire la preuve d'une autre infraction porterait atteinte au droit de l'accusé « [d']être raisonnablement informé de l'infraction qu'on lui impute, pour lui donner ainsi la possibilité d'une défense complète et d'un procès équitable » : *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, p. 13. Lorsque, comme en l'espèce, l'acte d'accusation fait référence à une infraction précise, l'accusé ne doit pas être induit en erreur.

V. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Substituts du Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureurs des intimés : Labrecque Robitaille Roberge Asselin & Associés, Québec.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général, Toronto.

**New Solutions Financial
Corporation *Appellant***

v.

**Transport North American Express
Inc. *Respondent***

**INDEXED AS: TRANSPORT NORTH AMERICAN
EXPRESS INC. *v.* NEW SOLUTIONS FINANCIAL CORP.**

Neutral citation: 2004 SCC 7.

File No.: 29355.

2003: October 16; 2004: February 12.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Contracts — Interest — Criminal rate — Illegality — Severability — Section 347 of Criminal Code prohibiting effective annual interest rate in excess of 60 percent — Contract found to contravene prohibition — Offending interest rate read down so that contract provided for maximum legal rate of interest — Whether “notional severance” available as remedy in cases arising under s. 347 — Whether application of notional severance appropriate in this case — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 347.

The appellant and the respondent entered into a credit agreement pursuant to which the appellant advanced the respondent the sum of \$500,000. A commitment letter in respect of the proposed credit facility was signed and provided for the following payments: (a) interest at four percent per month calculated daily, payable monthly in arrears; (b) a monthly monitoring fee of \$750; (c) a one percent standby fee; (d) royalty payments of \$160,000 in eight quarterly installments; (e) payment of legal and other fees; and (f) a commitment fee of \$5,000. In addition to the commitment letter, the parties executed an accounts receivable factoring agreement, a promissory note, a general security agreement and personal guarantees of the indebtedness for up to \$500,000. From the outset, the parties had agreed to depart from the terms of the accounts receivable factoring agreement. The application judge granted the respondent’s application for a declaration that the agreement contained an interest

**New Solutions Financial
Corporation *Appelante***

c.

**Transport North American Express
Inc. *Intimée***

**RÉPERTORIÉ : TRANSPORT NORTH AMERICAN
EXPRESS INC. *c.* NEW SOLUTIONS FINANCIAL CORP.**

Référence neutre : 2004 CSC 7.

Nº du greffe : 29355.

2003 : 16 octobre; 2004 : 12 février.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish.

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

Contrats — Intérêt — Taux criminel — Illégalité — Divisibilité — Prohibition par l’art. 347 du Code criminel des taux d’intérêt annuels effectifs dépassant 60 pour 100 — Contrat jugé contraire à cette prohibition — Réduction du taux d’intérêt illégal prévu par le contrat pour que celui-ci prévoit le taux d’intérêt maximum autorisé par la loi — La « divisibilité fictive » peut-elle être utilisée comme réparation en cas de contraventions à l’art. 347? — Convient-il d’appliquer la divisibilité fictive en l’espèce? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 347.

L’appelante et l’intimée ont conclu une convention de crédit par laquelle la première a avancé à la seconde la somme de 500 000 \$. Les parties ont signé, relativement aux facilités de crédit proposées, une lettre d’engagement prévoyant les paiements suivants : a) des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance; b) des frais de surveillance de 750 \$ par mois; c) un droit d’usage de 1 pour 100; d) des redevances de 160 000 \$ payables en huit versements trimestriels; e) le paiement des honoraires d’avocat et d’autres frais; f) une commission d’engagement de 5 000 \$. En plus de la lettre d’engagement, les parties avaient signé une convention d’affacturage, un billet et une convention de garantie générale, et des garanties personnelles avaient été accordées, à l’égard de la dette, jusqu’à concurrence de 500 000 \$. Dès le départ, les parties ont convenu de déroger aux modalités de la convention d’affacturage. Le juge de première

component that contravened s. 347 of the *Criminal Code* and applied “notional severance” to reduce the effective annual interest rate to 60 percent so the agreement would comply with s. 347. The majority of the Court of Appeal allowed the respondent’s appeal; it struck out the clause providing for interest at a rate of four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears, and left in place the other payments, which amounted to an effective annual rate of 30.8 percent when computed as interest as *per* s. 347(2).

Held (Bastarache, Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ.: The various payments made by the respondent, with the exception of any portion of the payments relating to repayment of principal, satisfy the definition of “interest” in s. 347(2) and cumulatively amount to an interest rate in excess of that permitted by the *Code*. Notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347. The traditional rule that contracts in violation of statutory enactments are void *ab initio* is not the approach courts should necessarily take in cases of statutory illegality involving s. 347. Instead, judicial discretion should be employed and a spectrum of remedies is available. At one end of the spectrum are contracts so objectionable that their illegality will taint the entire contract — exploitative loan-sharking arrangements and contracts that have a criminal object should be declared void *ab initio*. At the other end of the spectrum are contracts that, although they do contravene a statutory enactment, are otherwise unobjectionable. Contracts of this nature will often attract the application of the doctrine of severance. In each case, the determination of where along the spectrum a given case lies, and the remedial consequences flowing therefrom, will hinge on a careful consideration of the specific contractual context and the illegality involved. If the case is an appropriate one for the court to sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 percent, and if it is conceded, as it must be, that such rewording alters the agreement of the parties, the question becomes only a choice of the appropriate technique of severance. The preferred severance technique is the one that, in light of the particular contractual context involved, would most appropriately cure the illegality while remaining otherwise as close as possible to the intentions of the parties expressed in the agreement. The “blue-pencil” technique may not necessarily achieve that result. The change effected by the blue-pencil technique will often fundamentally alter the

instance a prononcé, en faveur de l’intimée, un jugement déclaratoire portant que les modalités relatives à l’intérêt prévues par la convention contrevenaient à l’art. 347 du *Code criminel* et il a appliqué la « divisibilité fictive » (« *notional severance* ») afin de réduire le taux d’intérêt annuel effectif à 60 pour 100, de façon que la convention respecte l’art. 347. La Cour d’appel à la majorité a accueilli l’appel interjeté par l’intimée et a biffé la clause prévoyant les intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance, mais elle n’a pas touché aux autres paiements, qui, suivant le par. 347(2), constituaient des intérêts et correspondaient à un taux annuel effectif de 30,8 pour 100.

Arrêt (les juges Bastarache, Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Les juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel : Les divers paiements effectués par l’intimée, à l’exception de toute somme appliquée au remboursement du capital, correspondent à la définition d’« intérêt » au par. 347(2) et, globalement, donne un taux d’intérêt supérieur à celui autorisé par le *Code*. Les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l’art. 347. La règle traditionnelle de la nullité *ab initio* des contrats qui contreviennent à un texte de loi n’est pas la solution que les tribunaux devraient nécessairement privilégier en cas de violations de l’art. 347. Dans de tels cas, ceux-ci devraient plutôt exercer leur pouvoir discrétionnaire et puiser parmi l’éventail des réparations dont ils disposent. À une extrémité du spectre des réparations disponibles, on trouve les contrats qui sont à ce point répréhensibles que leur illégalité les invalide entièrement — les arrangements de prêt usuraire abusifs et les autres contrats ayant un objet criminel devraient être déclarés nuls *ab initio*. À l’autre extrémité du spectre, on trouve les contrats qui, quoiqu’ils contreviennent à un texte de loi, ne sont par ailleurs pas répréhensibles. Les contrats de cette nature entraînent souvent l’application de la doctrine de la divisibilité. Dans chaque cas, pour déterminer l’endroit où se situe une affaire donnée sur ce spectre et les conséquences qui en découlent du point de vue de la réparation, il faut procéder à un examen minutieux du contexte contractuel précis et de l’illégalité en cause. S’il s’agit d’une affaire où le tribunal est justifié de retrancher uniquement les clauses de la convention de prêt qui haussent le taux d’intérêt effectif à plus de 60 pour 100, et s’il est admis, comme cela se doit, qu’une telle reformulation modifie la convention des parties, il ne reste qu’à choisir la technique appropriée d’application de la divisibilité. La technique à privilégier est celle qui, compte tenu du contexte particulier du contrat, remédie le mieux à l’illégalité tout en respectant, autant que faire se peut,

consideration associated with the bargain and do violence to the intention of the parties. Indeed, in many cases, the application of the blue-pencil approach will provide for an interest-free loan where the parties demonstrated in the agreement a clear intention to charge and pay considerable interest.

The application of notional severance to the agreement between the parties in this case was appropriate. Four considerations are relevant to the determination of whether public policy ought to allow an otherwise illegal agreement to be partially enforced rather than being declared void *ab initio* in the face of illegality in the contract: (1) whether the purpose or policy of s. 347 would be subverted by severance; (2) whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention; (3) the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement; (4) the potential for the debtor to enjoy an unjustified windfall. Given that the present case involved a commercial transaction engaged in by experienced and independently advised commercial parties, it is difficult to see why the choice of a 30.8 percent rather than 60 percent rate better fosters compliance with s. 347(1)(a) of the *Code*. The other considerations also militate in favour of a flexible remedy. There is no evidence on the record to suggest that the appellant has been charged with violating s. 347(1)(a). The contract was entered into for ordinary commercial purposes and there was nothing inherently illegal or evil about this intention. With respect to the third factor, each party in this case had independent legal advice, was commercially experienced and knew what it was getting into. Finally, any potential for an unjustified windfall in this case arises from the respondent possibly not having to repay the principal and interest, or from the respondent possibly not having to pay a commercially appropriate rate of interest on the loan. Given that each party had independent legal advice and knew precisely the obligations that it was taking on, the equities of the situation favour the appellant.

Per Deschamps and Fish JJ. (dissenting): The well-established “blue-pencil” remedy applied in the Court of Appeal respects the trial judge’s findings of fact, as it must, and achieves an equitable result consistent with

l’intention exprimée par les parties dans la convention. La technique du « trait de crayon bleu » ne permet pas nécessairement d’obtenir ce résultat. Le changement apporté au moyen de cette technique modifie souvent de manière fondamentale la contrepartie en cause dans le marché et il fait violence à l’intention des parties. En effet, dans de nombreux cas l’application de la technique du trait de crayon bleu donne lieu à un prêt sans intérêts, alors même que les parties avaient manifesté dans leur convention l’intention évidente de percevoir et de payer, selon le cas, des intérêts considérables.

L’application de la divisibilité fictive à la convention des parties en l’espèce était bien fondée. Quatre facteurs sont pertinents pour décider si aucune considération d’ordre public n’empêche le tribunal d’ordonner l’exécution partielle d’une convention par ailleurs illégale, au lieu de déclarer celle-ci nulle *ab initio* en raison de l’illégalité du contrat : (1) la question de savoir si l’application de la divisibilité comprometttrait l’objectif ou la politique générale visé par l’art. 347; (2) la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante; (3) le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations; (4) la possibilité que le débiteur tire un profit injustifié de la solution choisie. Comme il s’agissait en l’espèce d’une opération commerciale conclue par des parties possédant l’expérience des affaires et ayant chacune consulté ses propres conseillers, il est difficile de voir en quoi le fait de choisir le taux de 30,8 pour 100 plutôt que celui de 60 pour 100 favorise davantage le respect de l’al. 347(1)a) du *Code*. Les autres facteurs militent eux aussi en faveur de l’application d’une réparation souple. Rien au dossier n’indique que l’appelante a été accusée d’avoir enfreint l’al. 347(1)a). Il s’agissait d’un contrat conclu à des fins commerciales ordinaires et l’intention des parties n’avait fondamentalement rien d’illégal ou de malveillant. Relativement au troisième facteur, il convient de signaler que chaque partie a consulté ses propres avocats, avait l’expérience des affaires et savait dans quoi elle s’engageait. Enfin, seule l’intimée pourrait en l’espèce être la bénéficiaire d’un profit injustifié, du fait qu’elle pourrait ne pas être obligée de rembourser le capital et de payer les intérêts ou qu’elle pourrait être dispensée de payer, à l’égard du prêt, un taux d’intérêt approprié d’un point de vue commercial. Étant donné que chaque partie a consulté ses propres conseillers juridiques et connaissait exactement les obligations qu’elle contractait, du point de vue de l’equity la situation est favorable à l’appelante.

Les juges Deschamps et Fish (dissidents) : La réparation bien établie du « trait de crayon bleu » appliquée par la Cour d’appel respecte comme il se doit les conclusions de fait du juge de première instance et produit

established principle. The trial judge erred in straining the recognized rules of equity by resorting to what he described as "notional severance". Even on the assumption that notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347 of the *Code*, notional severance should be permitted only where: (1) public policy does not require that the entire agreement be declared unenforceable; (2) severance is found to be warranted; and (3) severance *simpliciter* — or "blue-pencil severance" — is impracticable or would occasion an unjust result. Here, on the facts as found by the trial judge, the first two criteria are satisfied but the third is not: blue-pencil severance is both possible and fair. Unlike notional severance as applied by the trial judge, blue-pencil severance does not do violence to the policy purposes of s. 347 of the *Code* or require a judicial rewriting of the interest clause agreed to, as such, by the parties. It appears neither "artificial" nor "arbitrary" to sever the criminal rate of interest agreed to as interest and to leave intact the distinct and separate charges not agreed to as interest, and not considered to be interest by either party. This solution still leaves the appellant with a return of slightly more than 30 percent per annum. Further, it appears that all four relevant considerations, examined individually and weighed together, militate here in favour of the remedy applied by the Court of Appeal and against the remedy adopted by the trial judge. The effect of the trial judge's decision was to stretch the principles of equity in an inappropriate way and to send the wrong message to those who lend money at a criminally prohibited rate to "willing" borrowers who cannot otherwise obtain a loan. They should not be encouraged to believe that if their illegal arrangement is subjected to judicial scrutiny, they will nonetheless recover the highest rate they could legally have charged — and thus suffer no pecuniary disadvantage for having violated s. 347 of the *Code*.

Per Bastarache J. (dissenting): Severance in the traditional sense, not "notional severance", should be the remedy available in these circumstances. There is a fundamental difference between striking out offending sections of a contract and rewriting a central provision. Although both approaches interfere in some way with the intent of the parties, the added flexibility of the rewriting approach comes at a considerable cost and

un résultat équitable, en harmonie avec les principes reconnus. Le juge de première instance a à tort forcé les règles d'équité reconnues en utilisant ce qu'il a appelé la « divisibilité fictive ». Même en acceptant l'hypothèse que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347 du *Code*, le recours à la divisibilité fictive ne devrait être autorisé que dans les cas où les conditions suivantes sont réunies : (1) aucune raison d'ordre public ne requiert que l'accord au complet soit déclaré inexécutoire; (2) la divisibilité est jugée justifiée; (3) la divisibilité pure et simple — ou « divisibilité au moyen du trait de crayon bleu » — n'est pas faisable ou produirait un résultat injuste. En l'espèce, à la lumière des faits constatés par le juge de première instance, les deux premières conditions sont respectées, mais la troisième ne l'est pas : la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu est une solution à la fois possible et juste. Contrairement à la méthode de la divisibilité fictive, telle qu'elle a été appliquée par le juge de première instance, la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu ne fait pas violence aux objectifs d'intérêt général visés par l'art. 347 du *Code* ni ne requiert du tribunal qu'il réécrire la clause relative aux intérêts dont ont convenu, en tant que telle, les parties. Il n'apparaît ni « artificiel » ni « arbitraire » de retrancher le taux d'intérêt criminel, convenu au titre de l'intérêt, et de maintenir les frais distincts, non stipulés comme de l'intérêt et non considérés comme de l'intérêt par l'une ou l'autre des parties. Cette solution permet malgré tout à l'appelante d'obtenir un rendement légèrement supérieur à 30 pour 100 par année. De plus, il semble que, examinées individuellement et appréciées globalement, les quatre considérations pertinentes militent en l'espèce en faveur de la réparation appliquée par la Cour d'appel et contre celle retenue par le juge de première instance. La décision de ce dernier a eu pour effet de forcer indûment les principes d'équité et d'envoyer un message inapproprié à ceux qui prêtent de l'argent à un taux interdit par le droit criminel à des emprunteurs « consentants », qui ne peuvent emprunter auprès de personne d'autre. Il ne faudrait pas laisser croire aux prêteurs que, même si leurs arrangements illégaux sont contrôlés par les tribunaux, ils pourront néanmoins obtenir le taux le plus élevé qu'ils auraient pu légalement imposer — et éviter en conséquence tout désavantage financier susceptible de découler de leur contravention à l'art. 347 du *Code*.

Le juge Bastarache (dissident) : La réparation ouverte dans les présentes circonstances est la divisibilité, au sens traditionnel, et non la « divisibilité fictive ». Il existe une différence fondamentale entre le fait de retrancher des clauses illégales d'un contrat et celui de reformuler une clause cruciale d'un contrat. Quoique les deux méthodes modifient d'une certaine manière l'intention des parties, la souplesse accrue que permet la

it is not supported by any principle of contract law. By contrast, the severance doctrine is a long-standing one. The "blue-pencil" test has been applied several times in the context of violations of s. 347 of the *Code* to strike out offending interest provisions. Moreover, there is no legal or other principled reason to limit the application of the new approach endorsed by the majority to the criminal rate of interest and other illegal provisions would be open to judicial redrafting. The availability of "notional severance" as a remedy creates greater uncertainty in the law. Under notional severance, courts will be permitted to literally add new words to the parties' agreement and by doing so, courts will be substituting their intentions for those of the parties.

The approach taken by the majority in this case is also inconsistent with that taken in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112, where the Court interpreted the definition of interest broadly in order to prevent creditors from avoiding the statute by manipulating the form in which payments were made. Under the majority's approach, a creditor would be permitted to escape the consequences of its avoidance measures by simply reducing the rate applied to the maximum permitted under the *Code* and this approach is inconsistent with the general objectives expressed in the *Code* and incompatible with the notion of deterrence. In addition, there do not appear to be compelling reasons to depart from well-established precedent in this case.

Lastly, clause 9.1 of the accounts receivable factoring agreement reflects the parties' own intentions as to remedy. It cannot be said that the wording of the clause anticipates — still less, provides for — notional severance. In view of the plain meaning of clause 9.1, counsel's concession as to the intention of the parties, and the letter sent by the appellant's solicitor to the respondent three weeks after the commitment letter was signed, the blue-pencil approach adopted by the Court of Appeal is entirely consistent with the parties' own intentions and notional severance is not.

Cases Cited

By Arbour J.

Applied: *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1; **referred to:** *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549; *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Kocotis v.*

reformulation s'accompagne toutefois d'un coût considérable et aucun principe du droit des contrats n'éteint le recours à cette méthode. À l'opposé, la divisibilité est une doctrine établie depuis longtemps. Le test du « trait de crayon bleu » a été appliqué à plusieurs reprises dans le contexte de violations de l'art. 347 du *Code* afin de supprimer des clauses relatives à l'intérêt contraires à la loi. Qui plus est, il n'existe aucune considération juridique ou autre raison de principe justifiant d'appliquer seulement aux taux d'intérêt criminels la nouvelle démarche à laquelle souscrit la majorité, ce qui signifie que d'autres clauses illégales pourraient être reformulées par les tribunaux. La possibilité de recourir à la « divisibilité fictive » comme réparation crée une incertitude encore plus grande en droit. La divisibilité fictive permettra concrètement aux tribunaux d'ajouter des mots nouveaux à la convention des parties et, ce faisant, de substituer leur volonté à celle des parties.

L'analyse adoptée par les juges majoritaires en l'espèce est incompatible avec celle retenue dans l'arrêt *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112, où notre Cour a interprété largement la définition d'intérêt afin d'empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant la forme des paiements. La démarche retenue par la majorité permettrait au créancier d'échapper aux conséquences des mesures qu'il a prises pour contourner la loi simplement en réduisant le taux d'intérêt au taux maximum permis par le *Code*. Cette approche est incompatible avec les objectifs généraux énoncés dans le *Code* et avec l'idée de dissuasion. De plus, il ne semble y avoir ici aucune raison impérieuse d'écartier une jurisprudence bien établie.

Enfin, la clause 9.1 de la convention d'affacturage reflète l'intention des parties en ce qui a trait à la réparation. Il est impossible d'affirmer que cette clause envisageait le recours à la divisibilité fictive — et encore moins qu'elle pourvoyait à son application. Vu le sens clair de cette clause, la concession de l'avocat quant à l'intention des parties et la lettre expédiée par l'avocat de l'appelante à l'intimée trois semaines après la signature de la lettre d'engagement, la technique du trait de crayon bleu adoptée par la Cour d'appel est tout à fait compatible avec l'intention des parties, alors que la divisibilité fictive ne l'est pas.

Jurisprudence

Citée par la juge Arbour

Arrêt appliqué : *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1; **arrêts mentionnés :** *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549; *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Kocotis v.*

D'Angelo (1957), 13 D.L.R. (2d) 69; *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603; *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678; *Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Trillium Computer Resources Inc. v. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1, aff'd (1994), 11 B.L.R. (2d) 1; *Milani v. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55.

By Fish J. (dissenting)

William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter (1989), 61 D.L.R. (4th) 1.

By Bastarache J. (dissenting)

Still v. M.N.R., [1998] 1 F.C. 549; *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603; *Steinberg v. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916; *Hasiuk v. Oshanek*, [1936] 1 D.L.R. 232; *Carney v. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438; *McFarlane v. Daniell* (1938), 38 S.R. 337; *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 347.

Authors Cited

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
 Marsh, Norman S. "The Severance of Illegality in Contract" (1948), 64 *L.Q.R.* 230 and 347.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.
 Ziegel, Jacob S. "Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 188.
 Ziegel, Jacob S. "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 233.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 60 O.R. (3d) 97, 214 D.L.R. (4th) 44, 160 O.A.C. 381, 27 B.L.R. (3d) 163, 6 R.P.R. (4th) 1, [2002] O.J. No. 2335 (QL), reversing a judgment of the Superior Court of Justice (2001), 54 O.R. (3d) 144, 200 D.L.R. (4th) 560, 16 B.L.R. (3d) 148, [2001] O.J. No. 1948 (QL). Appeal allowed, Bastarache, Deschamps and Fish JJ. dissenting.

c. D'Angelo (1957), 13 D.L.R. (2d) 69; *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603; *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678; *Mira Design Co. c. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Trillium Computer Resources Inc. c. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1, conf. par (1994), 11 B.L.R. (2d) 1; *Milani c. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55.

Citée par le juge Fish (dissident)

William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter (1989), 61 D.L.R. (4th) 1.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Still c. M.R.N., [1998] 1 C.F. 549; *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603; *Steinberg c. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916; *Hasiuk c. Oshanek*, [1936] 1 D.L.R. 232; *Carney c. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438; *McFarlane c. Daniell* (1938), 38 S.R. 337; *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Mira Design Co. c. Seascape Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 347 [mod. 1992, ch. 1, art. 60, ann. 1, art. 25].

Doctrine citée

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.
 Marsh, Norman S. « The Severance of Illegality in Contract » (1948), 64 *L.Q.R.* 230 and 347.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 1999.
 Ziegel, Jacob S. « Bill C-44 : Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law » (1981), 59 *R. du B. can.* 188.
 Ziegel, Jacob S. « The Usury Provisions in the Criminal Code : The Chickens Come Home to Roost » (1986), 11 *Rev. can. dr. comm.* 233.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 60 O.R. (3d) 97, 214 D.L.R. (4th) 44, 160 O.A.C. 381, 27 B.L.R. (3d) 163, 6 R.P.R. (4th) 1, [2002] O.J. No. 2335 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (2001), 54 O.R. (3d) 144, 200 D.L.R. (4th) 560, 16 B.L.R. (3d) 148, [2001] O.J. No. 1948 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Deschamps et Fish sont dissidents.

Peter J. Cavanagh and *Eric N. Hoffstein*, for the appellant.

Robert G. Ackerman, for the respondent.

The judgment of Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

ARBOUR J. —

I. Overview

In March 2000, the appellant, New Solutions Financial Corp. (“New Solutions”), and the respondent, Transport North American Express Inc. (“TNAE”), entered into a credit agreement pursuant to which New Solutions advanced TNAE the sum of \$500,000. In addition to various other fees and charges, the agreement provided for interest to be paid at the rate of four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears. By all accounts, the various payments called for by the agreement constituted a “criminal rate” of interest as defined in s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the “*Code*”). The payments soon became too onerous for TNAE to meet, and the company applied to the Ontario Superior Court of Justice for a declaration that the agreement contained an illegally high rate of interest and should not be enforced.

The application judge, Cullity J., ruled that he was not confined to the so-called “blue-pencil” approach to severance in dealing with the statutory illegality of the contract, whereby only discrete illegal promises could be excised. Using “notional severance”, he read down the offending interest rate so the contract provided for the maximum legal rate of interest: (2001), 54 O.R. (3d) 144.

Upon appeal to the Court of Appeal for Ontario, Rosenberg J.A., for the majority, concluded that the doctrine of severance only permits the striking of distinct promises from a contract: (2002), 60 O.R. (3d) 97. He reversed the application judge’s finding

Peter J. Cavanagh et Eric N. Hoffstein, pour l’appelante.

Robert G. Ackerman, pour l’intimée.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel rendu par

LA JUGE ARBOUR —

I. Vue d’ensemble

En mars 2000, l’appelante, New Solutions Financial Corp. (« New Solutions »), et l’intimée, Transport North American Express Inc. (« TNAE »), ont conclu une convention de crédit par laquelle New Solutions a avancé à TNAE la somme de 500 000 \$. En plus de certains droits, honoraires et autres frais, la convention prévoyait le paiement d’intérêts au taux mensuel de 4 pour 100, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance. Tous s’accordent pour dire que les divers paiements prévus par la convention constituaient un « taux criminel » au sens de l’art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le « *Code* »). Les paiements sont rapidement devenus trop lourds pour TNAE, qui a alors demandé à la Cour supérieure de justice de l’Ontario un jugement déclaratoire portant que la convention prévoyait un taux d’intérêt illégalement élevé et était inexécutoire.

Le juge Cullity, qui a entendu la demande de jugement déclaratoire, a estimé que, en matière de divisibilité, il n’était pas tenu d’appliquer uniquement la technique du [TRADUCTION] « trait de crayon bleu » (« *blue-pencil* ») pour remédier aux contrats illégaux du fait de la loi, technique qui permet seulement d’exciser certains engagements illégaux autonomes. Recourant à la [TRADUCTION] « divisibilité fictive » (« *notional severance* »), il a réduit le taux d’intérêt illégal pour que le contrat fixe le taux d’intérêt maximum autorisé par la loi : (2001), 54 O.R. (3d) 144.

Au terme de l’appel de cette décision à la Cour d’appel de l’Ontario, le juge Rosenberg a conclu, au nom des juges majoritaires, que la doctrine de la divisibilité permettait uniquement de retrancher des engagements distincts dans un contrat : (2002),

1

2

3

that notional severance was an available remedial instrument. Rosenberg J.A. found that it was appropriate to strike out or blue-pencil the provision calling for interest at four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears, leaving the balance of the agreement to be enforced in accordance with its terms. Sharpe J.A., agreeing with the reasons of Cullity J., dissented.

60 O.R. (3d) 97. Il a infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les tribunaux pouvaient recourir à la divisibilité fictive comme technique réparatrice. Le juge Rosenberg a estimé qu'il convenait de retrancher ou de rayer au trait de crayon bleu la clause prévoyant le paiement d'intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, tout en permettant l'exécution du reste de la convention conformément aux modalités y stipulées. Le juge Sharpe a exprimé sa dissidence, souscrivant plutôt aux motifs du juge de première instance Cullity.

- 4 There is broad consensus that the traditional rule that contracts in violation of statutory enactments are void *ab initio* is not the approach courts should necessarily take in cases of statutory illegality involving s. 347 of the *Code*. Instead, judicial discretion should be employed in cases in which s. 347 has been violated in order to provide remedies that are tailored to the contractual context involved. The primary issue in this appeal by New Solutions is whether notional severance, as formulated and applied by Cullity J., is valid in Canadian law and applicable here.
- 5 Given the desirability of remedial flexibility in cases of statutory illegality arising in connection with s. 347 of the *Code*, the evolving nature of the law regarding statutory illegality generally and the sound policy basis in which the concept is rooted, I find that notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347.
- 6 A spectrum of remedies is available to judges in dealing with contracts that violate s. 347 of the *Code*. The remedial discretion this spectrum affords is necessary to cope with the various contexts in which s. 347 illegality can arise. At one end of the spectrum are contracts so objectionable that their illegality will taint the entire contract. For example, exploitative loan-sharking arrangements and contracts that have a criminal object should be declared void *ab initio*. At the other end of the spectrum are
- Il est généralement admis que la règle traditionnelle de la nullité *ab initio* des contrats qui contreviennent à un texte de loi n'est pas la solution que les tribunaux devraient nécessairement privilégier en cas de violations de l'art. 347 du *Code*. Dans de tels cas, ceux-ci devraient plutôt exercer leur pouvoir discrétionnaire et accorder des réparations adaptées à la situation contractuelle concernée. La principale question dans le présent pourvoi interjeté par New Solutions consiste à décider si la divisibilité fictive, telle que l'a formulée et appliquée le juge Cullity, est une solution valide en droit canadien et si elle s'applique en l'espèce.
- Vu la souplesse qu'il est souhaitable de reconnaître aux tribunaux en matière de réparations dans les affaires d'illégalité fondées sur l'art. 347 du *Code*, et vu aussi le caractère évolutif du droit relatif aux illégalités du fait de la loi en général et les principes judiciaires sur lesquels repose ce concept, j'estime que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347.
- Les juges disposent d'un éventail de réparations lorsqu'ils examinent des contrats contrevanant à l'art. 347 du *Code*. Le pouvoir discrétionnaire que représente ce spectre de réparations est nécessaire pour permettre aux juges de façonner des solutions adaptées aux différentes situations contractuelles dans lesquelles peuvent se présenter les contraventions à l'art. 347. À une extrémité de ce spectre, on trouve les contrats qui sont à ce point répréhensibles que leur illégalité les invalide entièrement. Par

contracts that, although they do contravene a statutory enactment, are otherwise unobjectionable. Contracts of this nature will often attract the application of the doctrine of severance. The agreement in this case is an example of such a contract. In each case, the determination of where along the spectrum a given case lies, and the remedial consequences flowing therefrom, will hinge on a careful consideration of the specific contractual context and the illegality involved.

The application judge in this case found that (i) the agreement between New Solutions and TNAE only inadvertently violated s. 347; (ii) the parties were experienced in commercial matters and negotiated at arm's length; (iii) there was no evidence that they did not have equal bargaining power; and (iv) they each had the benefit of independent legal advice in the course of the negotiations leading to the agreement. Consequently, the application of notional severance to the agreement between New Solutions and TNAE in this case by Cullity J. was appropriate. I would allow the appeal.

II. Facts

For the relevant time period, TNAE was in the business of expedited freight trucking. Ken and Karen Dragosits were shareholders in TNAE and actively involved in the operation of its business. Prior to the end of 1999, other shareholders held a 50 percent interest in TNAE. A corporation connected to these other shareholders provided TNAE the funds needed for the firm's working capital. A demand was made by this other corporation for the repayment of the funds owed to it by TNAE. The Dragosits and TNAE decided to search out a source for the means to repay the indebtedness.

The Dragosits sought financing from BDO Capital, now the appellant, New Solutions, to enable TNAE to repay its indebtedness and for the other

exemple, les arrangements de prêt usuraire abusifs et les autres contrats ayant un objet criminel devraient être déclarés nuls *ab initio*. À l'autre extrémité, on trouve les contrats qui, quoiqu'ils contreviennent à un texte de loi, ne sont par ailleurs pas répréhensibles. Les contrats de cette nature entraînent souvent l'application de la doctrine de la divisibilité. La convention en cause dans la présente affaire est un exemple d'un tel contrat. Dans chaque cas, pour déterminer l'endroit où se situe une affaire donnée sur ce spectre et les conséquences qui en découlent du point de vue de la réparation, il faut procéder à un examen minutieux du contexte contractuel précis et de l'ilégalité en cause.

En l'espèce, le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes : (i) la convention intervenue entre New Solutions et TNAE ne contreviennait à l'art. 347 qu'en raison d'une inadvertance; (ii) les parties avaient de l'expérience des affaires et avaient négocié sans lien de dépendance; (iii) aucune preuve n'indiquait qu'elles n'avaient pas négocié d'égale à égale; (iv) chacune avait consulté son propre conseiller juridique durant les négociations ayant abouti à la convention. Par conséquent, la décision du juge Cullity d'appliquer la divisibilité fictive à la convention conclue par New Solutions et TNAE en l'espèce était bien fondée. J'accueillerais le pourvoi.

II. Les faits

Au cours de la période pertinente, TNAE faisait du transport routier de marchandises. Ken et Karen Dragosits étaient actionnaires de TNAE et participaient activement à l'exploitation de l'entreprise. Avant la fin de 1999, d'autres actionnaires détenaient une participation de 50 pour 100 dans TNAE. Une société à laquelle étaient liés ces autres actionnaires fournissait à TNAE les sommes nécessaires au titre du fonds de roulement de l'entreprise. Cette autre société a demandé à TNAE de lui rembourser les sommes qu'elle lui devait. Les Dragosits et TNAE ont décidé de rechercher une source de financement qui leur permettrait de rembourser les dettes de l'entreprise.

Les Dragosits se sont adressés à BDO Capital, devenue depuis New Solutions, l'appelante, pour obtenir le financement propre à permettre à TNAE

shareholders in TNAE to be bought out. The parties eventually entered into an agreement that contained a high rate of interest and also significant other fees and charges. The costly nature of the loan for TNAE no doubt reflected the high risk New Solutions was taking on in making the funds available.

10 Before arriving at their agreement, New Solutions expressed interest in acquiring a 30 percent equity interest in TNAE in conjunction with the contemplated credit facility. The Dragosits resisted this as they wished to be the sole shareholders of TNAE. In lieu of surrendering an equity interest, they agreed that New Solutions would receive a "royalty payment" of \$160,000, payable in eight quarterly installments, to reflect the approximate value of a 30 percent equity interest in TNAE.

11 In the negotiations leading up to the agreement, each party had the benefit of independent legal advice. On March 6, 2000, a commitment letter in respect of the proposed credit facility was signed by the Dragosits and provided for the following payments:

- (a) interest at four percent per month calculated daily, payable monthly in arrears;
- (b) a monthly monitoring fee of \$750;
- (c) a one percent standby fee;
- (d) royalty payments of \$160,000 in eight quarterly installments;
- (e) payment of legal and other fees; and
- (f) a commitment fee of \$5,000.

With the exception of the standby fee, all these payments were found by Cullity J. and by Rosenberg J.A. to constitute "interest" under s. 347(2) of the *Code*. Presumably, the standby fee was not included in the calculation of the effective interest rate because no standby fees were charged since the full credit facility of \$500,000 was drawn upon.

de rembourser ses dettes et de racheter la participation des autres actionnaires de TNAE. Les parties ont finalement conclu une convention prévoyant un taux d'intérêt élevé ainsi que des droits, honoraires et autres frais substantiels. Le caractère onéreux de l'emprunt pour TNAE reflétait sans aucun doute le risque élevé que prenait New Solutions en avançant les fonds à TNAE.

Avant que les parties ne concluent la convention de crédit envisagée, New Solutions s'est dit intéressée à acheter une participation de 30 pour 100 dans TNAE. Les Dragosits se sont opposés à cette demande, puisqu'ils souhaitaient être les uniques actionnaires de TNAE. Au lieu de céder une participation, ils ont accepté que New Solutions reçoive des [TRADUCTION] « redevances » de 160 000 \$, payables en huit versements trimestriels et reflétant la valeur approximative d'une participation de 30 pour 100 dans TNAE.

Au cours des négociations qui ont abouti à la convention, chaque partie a consulté ses propres avocats. Le 6 mars 2000, les Dragosits ont signé, relativement aux facilités de crédit proposées, une lettre d'engagement prévoyant les paiements suivants :

- a) des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance;
- b) des frais de surveillance de 750 \$ par mois;
- c) un droit d'usage de 1 pour 100;
- d) des redevances de 160 000 \$ payables en huit versements trimestriels;
- e) le paiement des honoraires d'avocat et d'autres frais;
- f) une commission d'engagement de 5 000 \$.

Le juge Cullity et le juge Rosenberg ont estimé que, à l'exception du droit d'usage, tous ces paiements constituaient des « intérêts » au sens du par. 347(2) du *Code*. La raison pour laquelle le droit d'usage n'a pas été pris en compte dans le calcul du taux d'intérêt effectif est vraisemblablement le fait qu'aucun paiement n'a été fait à ce titre parce que la somme de 500 000 \$ a été empruntée d'un seul coup.

By March 30, 2000, the parties had, in addition to the commitment letter, executed an accounts receivable factoring agreement, a promissory note and a general security agreement. The Dragosits also each executed personal guarantees of the indebtedness for up to \$500,000 plus interest at the rate of 30 percent per annum. From the outset, the parties had agreed to depart from the terms of the accounts receivable factoring agreement. On March 28, 2000, the solicitor for New Solutions wrote to the solicitor for TNAE and the Dragosits, confirming that the parties had agreed on March 27 that they would not strictly follow the terms of the accounts receivable factoring agreement unless New Solutions elected to exercise its rights under it. Instead, the understanding was that TNAE would borrow the full \$500,000 from New Solutions and pay the interest, fees and royalties as set out in the commitment letter. According to Cullity J., "the concept of a factoring of receivables was put aside and replaced by a revolving credit facility" (para. 5).

The principal amount of \$500,000 was advanced by New Solutions. At the outset, TNAE paid interest at the rate of four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears, as well as the other fees and charges, in general accordance with the terms of the commitment letter.

The various payments eventually became onerous, and TNAE sought legal advice regarding the repayment of the borrowed funds. TNAE then applied to the Ontario Superior Court of Justice for a declaration that the agreement contained an interest component that contravened s. 347 of the *Code*. It also sought an order that interest previously paid be returned.

On the basis of actuarial evidence, Cullity J. found that the effective interest rate on the loan, if it was repaid in full within two years, was 90.9 percent per annum. In itself, the promise to pay interest at four percent per month calculated daily, payable monthly in arrears, amounted to an effective annual

Au 30 mars 2000, les parties avaient signé, en plus de la lettre d'engagement, une convention d'affacturage, un billet et une convention de garantie générale. Chacun des époux Dragosits a également accordé, à l'égard de la dette, des garanties personnelles jusqu'à concurrence de 500 000 \$, assorties d'un taux d'intérêt de 30 pour 100 par année. Dès le départ, les parties ont convenu de déroger aux modalités de la convention d'affacturage. Le 28 mars 2000, l'avocat de New Solutions a confirmé par écrit à celui de TNAE et des Dragosits que, le 27 mars, les parties avaient convenu qu'elles n'observeraient pas strictement les modalités de la convention d'affacturage, à moins que New Solutions ne choisisse d'exercer les droits que lui conférait cette convention. En effet, les parties ont plutôt décidé que TNAE emprunterait à New Solutions la somme de 500 000 \$ en entier et lui paierait les intérêts, commissions, droits, frais, honoraires et redevances prévus par la lettre d'engagement. Selon le juge Cullity, [TRADUCTION] « l'idée d'affacturage a été écartée et remplacée par une facilité de crédit renouvelable » (par. 5).

New Solutions a avancé le capital de 500 000 \$. Au début, TNAE a payé les intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à échéance, ainsi que les droits, honoraires et autres frais, le tout d'une manière généralement conforme aux modalités de la lettre d'engagement.

Ces divers paiements sont finalement devenus trop lourds et TNAE a consulté un avocat au sujet du remboursement des fonds empruntés. TNAE a ensuite demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario un jugement déclaratoire portant que les modalités relatives à l'intérêt de la convention contreviennent à l'art. 347 du *Code*. Elle a également sollicité une ordonnance intimant la remise des intérêts déjà payés.

Se fondant sur la preuve actuarielle fournie, le juge Cullity a conclu que le taux d'intérêt effectif du prêt — en supposant que celui-ci soit remboursé entièrement dans un délai de deux ans — s'élevait à 90,9 pour 100 par année. À elle seule, la promesse de payer des intérêts de 4 pour 100 par mois,

12

13

14

15

interest rate of 60.1 percent. The remaining payments amounted to an effective annual interest rate of 30.8 percent.

- 16 New Solutions originally denied that the agreement violated the *Code* but sought severance and rectification if it did. Cullity J. found that the agreement was in contravention of s. 347(1)(a) and applied “notional severance” to reduce the effective annual interest rate to 60 percent so the agreement would comply with s. 347. The Court of Appeal allowed TNAE’s appeal; it struck out the clause providing for interest at a rate of four percent per month calculated daily and payable monthly in arrears, and left in place the other payments, which amounted to an effective annual rate of 30.8 percent when computed as interest as *per* s. 347(2). New Solutions seeks the restoration of the decision of the application judge.

calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance, équivalait à un taux d’intérêt annuel effectif de 60,1 pour 100. Les autres paiements correspondaient à un taux d’intérêt annuel effectif de 30,8 pour 100.

New Solutions a d’abord nié que la convention contrevenait au *Code*, mais elle a demandé que le tribunal applique la divisibilité et la rectification s’il y avait effectivement contravention. Le juge Cullity a conclu que la convention contrevenait à l’al. 347(1)a et il a appliqué la « divisibilité fictive » afin de réduire le taux d’intérêt annuel effectif à 60 pour 100, de façon que la convention respecte l’art. 347. La Cour d’appel a accueilli l’appel interjeté par TNAE; elle a biffé la clause prévoyant les intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance, mais elle n’a pas touché aux autres paiements, qui, suivant le par. 347(2), constituaient des intérêts et correspondaient à un taux annuel effectif de 30,8 pour 100. New Solutions demande le rétablissement de la décision du juge de première instance.

III. Relevant Statutory Provisions

- 17 The pertinent text of the relevant provision of the *Criminal Code* is:

347. (1) Notwithstanding any Act of Parliament, every one who
 (a) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or
 (b) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,
 is guilty of
 (c) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or
 (d) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

(2) In this section,

“credit advanced” means the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits

III. Les dispositions législatives pertinentes

Voici les passages pertinents de la disposition applicable du *Code criminel* :

347. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale, quiconque, selon le cas :
 a) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;
 b) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,
 est coupable :
 c) soit d’un acte criminel et possible d’un emprisonnement maximal de cinq ans;
 d) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et possible d’une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d’un emprisonnement maximal de six mois, ou de l’une de ces peines.

(2) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« capital prêté » L’ensemble des sommes d’argent et de la valeur pécuniaire globale de tous biens, services ou

actually advanced or to be advanced under an agreement or arrangement minus the aggregate of any required deposit balance and any fee, fine, penalty, commission and other similar charge or expense directly or indirectly incurred under the original or any collateral agreement or arrangement;

“criminal rate” means an effective annual rate of interest calculated in accordance with generally accepted actuarial practices and principles that exceeds sixty per cent on the credit advanced under an agreement or arrangement;

“interest” means the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement, by or on behalf of the person to whom the credit is or is to be advanced, irrespective of the person to whom any such charges and expenses are or are to be paid or payable, but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

(3) Where a person receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate, he shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have knowledge of the nature of the payment and that it was received at a criminal rate.

(7) No proceedings shall be commenced under this section without the consent of the Attorney General.

IV. Issue

Are judges in Canada permitted by law to exercise remedial discretion to partially enforce a contract contravening s. 347 of the *Code* by reading down interest rate provisions to avoid what would otherwise be illegality?

prestations effectivement prêtés ou qui doivent l'être dans le cadre d'une convention ou d'une entente, déduction faite, le cas échéant, du dépôt de garantie et des honoraires, agios, commissions, pénalités, indemnités et autres frais similaires résultant directement ou indirectement de la convention initiale ou de toute convention annexe.

« intérêt » L'ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables à qui que ce soit par l'emprunteur ou pour son compte, en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d'assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d'un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l'acquittement de l'impôt foncier.

« taux criminel » Tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse soixante pour cent.

(3) Quiconque reçoit paiement, total ou partiel, d'intérêts à un taux criminel est présumé connaître, jusqu'à preuve du contraire, l'objet du paiement et le caractère criminel de celui-ci.

(7) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général.

IV. Question en litige

Au Canada, le droit permet-il aux juges d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de réparation et de donner partiellement effet à un contrat contraire à l'art. 347 du *Code* en réduisant le taux d'intérêt prévu par les clauses relatives au taux d'intérêt pour éliminer l'ilégalité dont serait autrement entaché le contrat?

V. Analysis

A. *Illegality of the Contract*

19 The definition of “interest” in s. 347(2) is broad: see *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112, at para. 28. The various payments made by TNAE, with the exception of any portion of the payments relating to the repayment of principal, satisfy the definition of “interest” as defined in s. 347(2). This includes the “royalty payments”. I agree with the courts below that the payments made by TNAE to New Solutions cumulatively amount to an interest rate in excess of that permitted by the *Code*.

B. *The Doctrine of Illegality*

20 The Federal Court of Appeal’s decision in *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549, provides a useful summary of the development of the doctrine of illegality, including a discussion of the development and evolution of the doctrine’s common law and statutory branches. In addressing the current state of the doctrine of illegality, Robertson J.A. remarked, at para. 12:

Law reform agencies have been quick to conclude that the law of illegality is in an unsatisfactory state There is a plethora of conflicting decisions and great uncertainty as to the principles which should be guiding the courts. Arguably, so many exceptions have been grafted on to the common law rule that illegal contracts are void *ab initio* that the validity of the rule itself is brought into question.

In light of the excellent treatment of the doctrine’s history by Robertson J.A. in *Still v. M.N.R.*, there would be little benefit to fully retracing the doctrine’s history here. Instead, given the evolving nature of this area of law, a very brief survey of some of the existing case law on the application of the doctrine of illegality will provide sufficient context for the finding in this case that notional severance is available as a discretionary remedy in cases where s. 347 has been violated.

V. Analyse

A. *L’illégalité du contrat*

Le terme « intérêt » est défini largement au par. 347(2) : voir *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112, au par. 28. Les divers paiements effectués par TNAE, à l’exception de toute somme appliquée au remboursement du capital, correspondent à la définition d’« intérêt » au par. 347(2). Sont également visés les [TRADUCTION] « redevances » prévues par le contrat. Je souscris à la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle l’ensemble des paiements faits par TNAE à New Solutions donne un taux d’intérêt supérieur à celui autorisé par le *Code*.

B. *La doctrine de l’illégalité*

L’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549, comporte un résumé utile de l’historique de la doctrine de l’illégalité, qui décrit notamment l’élaboration et l’évolution des deux volets de cette doctrine, à savoir les illégalités découlant de la common law et les illégalités du fait de la loi. Examinant l’état actuel de la doctrine de l’illégalité, le juge Robertson a fait les remarques suivantes au par. 12 :

Les organismes de réforme du droit ont été prompts à conclure que les règles de droit en matière d’illégalité laissent à désirer [...] Il existe une foule de décisions contradictoires sur les principes qui devraient guider les tribunaux, et l’incertitude est grande dans ce domaine. On peut soutenir que les exceptions qui se sont greffées à la règle de common law voulant qu’un contrat illégal soit nul *ab initio* sont si nombreuses que la validité de la règle elle-même est mise en question.

Vu cet excellent exposé du juge Robertson dans l’arrêt *Still c. M.R.N.*, il ne serait guère utile en l’espèce de refaire entièrement l’historique de la doctrine de l’illégalité. Au contraire, comme il s’agit d’un domaine du droit qui est en constante évolution, un très bref survol de la jurisprudence sur l’application de cette doctrine établira le contexte nécessaire pour étayer la conclusion que la divisibilité fictive est une réparation discrétionnaire applicable dans les affaires portant sur la violation de l’art. 347.

The historical common law approach to contractual illegality is reflected in the following passage of Parke B. in *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), at p. 710:

[W]here the contract which the plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect. It is equally clear that a contract is void if prohibited by a statute, though the statute inflicts a penalty only, because such a penalty implies a prohibition.

In *Cope v. Rowlands*, the question surrounded whether an unlicensed broker could recover for the work that he had done for the defendant. The court concluded that the legal requirement (under threat of penalty) that brokers be licensed by the city of London implied a prohibition on work being done by unlicensed brokers. As a consequence, the contract was held to be void *ab initio* and the unlicensed broker was unable to enforce his claim for payment for the work that had been done. The Court of Appeal for Ontario denied recovery in a similar case involving an electrician seeking to recover for work done without possessing the appropriate class of licence: see *Kocotis v. D'Angelo* (1957), 13 D.L.R. (2d) 69.

The historical common law approach that contracts illegal under statute are void *ab initio* has been applied by this Court: see, e.g., *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603, and more recently, *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678. However, some time ago Canadian courts began to develop a more flexible approach to statutory illegality in contract, often severing the illegal provisions and enforcing the remainder. For example, in one of the earliest cases dealing with the application of s. 347 of the *Code*, *Mira Design Co. v. Seascapes Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (B.C.S.C.), Huddart L.J.S.C. held that although the interest provisions of a mortgage were unenforceable, exceeding as they did the maximum effective interest rate permitted under s. 305.1 of the *Code*

21

L'analyse historique suivie en common law en matière d'illégalité contractuelle est décrite dans l'extrait suivant des motifs exposés par le baron Parke dans l'affaire *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), p. 710 :

[TRADUCTION] [S]i le contrat exprès ou tacite dont le demandeur sollicite l'exécution est explicitement ou implicitement interdit par la common law ou un texte de loi, aucun tribunal n'accordera son aide pour lui donner effet. De plus, il est clair qu'un contrat est nul s'il est interdit par une loi, même si celle-ci n'inflige qu'une sanction pécuniaire, parce que pareille sanction implique une interdiction.

Dans l'affaire *Cope c. Rowlands*, il s'agissait de décider si le demandeur, un courtier non agréé, pouvait obtenir, par voie judiciaire, le paiement du travail qu'il avait accompli pour le défendeur. Le tribunal a conclu que l'obligation faite par la loi aux courtiers (sous peine de sanction) d'être agréés par la ville de Londres signifiait qu'il était interdit aux personnes non agréées d'exercer les activités de courtier. Par conséquent, le tribunal a jugé que le contrat était nul *ab initio* et que le courtier non agréé ne pouvait demander aux tribunaux d'obliger le défendeur au paiement du travail fourni par le courtier. Dans une affaire similaire, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'indemniser un électricien qui demandait le paiement de travaux qu'il avait exécutés sans posséder le permis approprié : voir *Kocotis c. D'Angelo* (1957), 13 D.L.R. (2d) 69.

22

La règle de longue date de la common law selon laquelle sont nuls *ab initio* les contrats illégaux du fait de la loi a été appliquée par notre Cour : voir, par exemple, l'arrêt *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603, et, plus récemment, l'arrêt *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678. Toutefois, il y a un certain nombre d'années, les tribunaux canadiens ont commencé à appliquer une solution plus souple en matière d'illégalité contractuelle du fait de la loi, bien souvent en retranchant les clauses illégales et en ordonnant l'exécution du reste du contrat. Par exemple, dans l'une des premières décisions portant sur l'application de l'art. 347 du *Code*, *Mira Design Co. c. Seascapes Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.), la juge locale Huddart a conclu que, en dépit du fait

(the predecessor to s. 347), the contract as a whole should not be held to be void *ab initio*. Her reasoning, at p. 104, was that although the section makes it an offence to receive interest at an illegal rate, the section did not seek to make associated collateral agreements (such as for the transfer of the real estate or the payment of the principal amount owing on the mortgage) void *ab initio*:

Most Canadians would agree that the purpose of the Criminal Code is to protect the public by providing for the punishment of behaviour that Parliament considers to be against the public interest. The purpose of s. 305.1 [now s. 347] is to punish everyone who enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. It does not expressly prohibit such behaviour, nor does it declare such an agreement or arrangement to be void. The penalty is severe, and designed to deter persons from making such agreements. It replaces the Small Loans Act, which included a prohibition of such agreements and gave the court the power to reconstruct them. It is designed to protect borrowers. There is no penalty imposed on a person who makes an agreement to pay, or pays, interest at a criminal rate. It is not designed to prevent persons from entering into lending transactions per se.

23 The same approach was taken by the Court of Appeal for Ontario in *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1. Having considered s. 347 of the *Code*, the court in that case concluded that where an interest rate provided for in an agreement exceeds the 60 percent statutory maximum, the interest rate provision of the contract may be severed without declaring the whole contract void.

24 In *Thomson*, at p. 8, Blair J.A. considered the following four factors in deciding between partial enforcement and declaring a contract void *ab initio*: (i) whether the purpose or the policy of s. 347 would be subverted by severance; (ii) whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention; (iii) the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching

que les clauses d'un prêt hypothécaire relatives aux intérêts étaient invalides parce que ceux-ci dépassaient le taux effectif maximal permis par l'art. 305.1 du *Code* (maintenant l'art. 347), il n'y avait pas lieu de prononcer la nullité *ab initio* de l'ensemble du contrat. Selon le raisonnement exposé par la juge à la p. 104, bien que la disposition précisât que commet une infraction quiconque perçoit des intérêts à un taux illégal, cette disposition n'entendait pas rendre nulles *ab initio* les arrangements connexes (par exemple le transfert du bien immobilier ou le paiement du capital dû sur l'emprunt hypothécaire) :

[TRADUCTION] La plupart des Canadiens conviendraient que l'objet du Code criminel est de protéger le public en punissant les comportements que le législateur juge contraires à l'intérêt public. L'article 305.1 [maintenant l'art. 347] a pour objet de punir toute personne qui conclut une convention ou une entente en vue de percevoir des intérêts à un taux criminel. La disposition n'interdit pas expressément ce comportement et ne déclare pas non plus qu'une telle convention ou entente est frappée de nullité. La peine prévue est sévère et vise à décourager la conclusion de telles conventions. La disposition remplace la Loi sur les petits prêts, laquelle interdisait de telles conventions et donnait au tribunal le pouvoir de les reformuler. Elle tend à protéger les emprunteurs. Elle n'impose aucune sanction aux personnes qui paient des intérêts à un taux criminel, ou s'engagent à le faire. Elle ne vise pas à empêcher les gens de conclure des conventions de prêt en soi.

La Cour d'appel de l'Ontario a adopté la même analyse dans l'arrêt *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1. Dans cette affaire, après avoir examiné l'art. 347 du *Code*, la cour a conclu que, lorsque le taux d'intérêt prévu par une convention dépasse le taux maximal de 60 pour 100 autorisé par la loi, le tribunal peut retrancher la clause relative à l'intérêt sans prononcer la nullité de l'ensemble du contrat.

Dans l'arrêt *Thomson*, p. 8, le juge Blair a tenu compte des quatre facteurs suivants pour décider s'il devait déclarer le contrat nul *ab initio* ou ordonner son exécution partielle : (i) la question de savoir si l'application de la divisibilité compromettait l'objectif ou la politique générale visé par l'art. 347; (ii) la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention

the agreement; and (iv) whether the debtor would be given an unjustified windfall. He did not foreclose the possibility of applying other considerations in other cases, however, and remarked (at p. 12) that whether "a contract tainted by illegality is completely unenforceable depends upon all the circumstances surrounding the contract and the balancing of the considerations discussed above and, in appropriate cases, other considerations".

In *Trillium Computer Resources Inc. v. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), aff'd (1994), 11 B.L.R. (2d) 1 (Ont. Div. Ct.), Conant J. entered summary judgment in favour of the plaintiff who had paid \$8,000 interest in consideration of credit extended by the defendant for eight days. In a brief judgment and without addressing the authorities on this point, Conant J. stated, at p. 2:

I am satisfied that an interest rate of over 3,000 % per annum, whether it be for credit and/or compensation for damages and other matters suffered by the Defendant, is a flagrant breach of s. 347 of the *Criminal Code* of Canada. This, in my view, is illegal and shall be returned to the Plaintiff less the maximum rate of 60% per annum allowed under the Code. [Emphasis added.]

This approach is similar to the one applied by Cullity J. and endorsed by Sharpe J.A. (in dissent at the Court of Appeal) in the present case.

In *Milani v. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55, the Court of Appeal for Ontario applied the contextual approach endorsed by Blair J.A. in *Thomson, supra*. This case involved a \$32,000 loan with a term of 30 days. The contract provided for \$3,000 to be kept by the creditor in respect of the costs associated with the loan, and an 18 percent annualized interest rate to be paid on the full principal amount. McKinlay J.A. for the court held, at pp. 59-60 that:

malveillante; (iii) le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations; (iv) la question de savoir si le débiteur tirerait un profit injustifié de la solution choisie. Le juge Blair n'a toutefois pas écarté la possibilité d'examiner d'autres considérations dans d'autres affaires, soulignant (à la p. 12) que la réponse à la question de savoir si [TRADUCTION] « un contrat entaché d'il-légalité est entièrement inexécutoire dépend de l'ensemble des circonstances du contrat et de la mise en balance des facteurs énoncés précédemment ainsi que, dans certains cas, d'autres considérations ». 25

Dans l'affaire *Trillium Computer Resources Inc. c. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1 (C. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1994), 11 B.L.R. (2d) 1 (C. div. Ont.), le juge Conant a rendu un jugement sommaire en faveur de la demanderesse, qui avait payé 8 000 \$ en intérêts en contrepartie du crédit que lui avait consenti la défenderesse pendant une période de huit jours. Dans un bref jugement ne faisant état d'aucune jurisprudence sur ce point, le juge Conant a affirmé, à la p. 2 :

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu'un taux d'intérêt annuel supérieur à 3000%, que ce soit en contrepartie du crédit consenti et/ou à titre d'indemnisation pour les dommages et autres inconvénients subis par la défenderesse, constitue une violation flagrante de l'art. 347 du *Code criminel* du Canada. À mon avis, un tel taux est illégal et l'intérêt versé doit être remboursé à la demanderesse, déduction faite de la somme correspondant au taux annuel maximum de 60% autorisé par le Code. [Je souligne.]

Cette démarche est similaire à celle qui, en l'espèce, a été appliquée par le juge Cullity en première instance et que le juge Sharpe (dissident) a suivie en appel. 26

Dans l'arrêt *Milani c. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué l'analyse contextuelle adoptée par le juge Blair, de la même cour, dans l'affaire *Thomson*, précitée. L'arrêt *Milani* concernait un prêt de 32 000 \$ consenti pour une durée de 30 jours. Aux termes du contrat, le créancier retenait 3 000 \$ de la somme prêtée pour les frais reliés au prêt, en plus d'avoir droit à des intérêts, payables sur le total du capital au taux annualisé de 18 pour 100. La juge McKinlay a conclu ainsi, au nom de la cour, aux p. 59-60 :

In this case, the appellant takes the position that the only offensive part of the loan was the \$3,000 charge for "fees", and that if the agreement were left intact apart from that provision, the result would be a fair one in the circumstances. I am inclined to agree with that position . . .

[TRADUCTION] En l'espèce, l'appelante prétend que le seul élément répréhensible du prêt était la somme de 3 000 \$ exigée au titre des « frais », et que si la convention était laissée intacte, sauf pour cette clause, le résultat serait juste dans les circonstances. Je suis enclue à partager ce point de vue . . .

I consider this case to be one strongly favouring the position of the appellant. She is clearly not entitled to the \$3,000 fee, but I would strike only that provision, and leave the loan otherwise intact as a \$32,000 loan with interest at 18% per annum for a thirty day term.

Je considère que nous sommes en présence d'une affaire où les circonstances militent fortement en faveur de l'adoption de la thèse de l'appelante. Celle-ci n'a manifestement pas droit aux frais de 3 000 \$, mais je ne retrancherais que cette clause et je laisserais le reste du contrat intact, en l'occurrence un prêt de 32 000 \$, consenti pour une période de 30 jours et portant intérêt au taux annuel de 18 pour 100.

The approach taken by McKinlay J.A. in *Milani* is reflected in the path taken by Rosenberg J.A. at the Court of Appeal for Ontario in the case at bar. McKinlay J.A. severed one of the "interest" terms (actually attributable to "costs") from the loan so that the interest rate would be legal, just as Rosenberg J.A. in this case severed the promise to pay interest at four percent per month, calculated daily, payable monthly in arrears, thereby leaving the other charges to amount, cumulatively, to a permissible rate of interest under s. 347.

L'approche retenue par la juge McKinlay de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Milani* se reflète dans le raisonnement suivi par le juge Rosenberg dans l'arrêt de la même cour en l'espèce. La juge McKinlay avait retranché du contrat de prêt l'une des conditions relatives à l'« intérêt » (de fait, une condition touchant les « frais ») pour que le taux d'intérêt respecte la loi, de la même manière que le juge Rosenberg a retranché, en l'espèce, l'engagement de payer des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, laissant ainsi intacts les autres frais, qui constituaient cumulativement l'équivalent d'un taux d'intérêt autorisé par l'art. 347.

C. *The Problematic Nature of the Blue-Pencil Test*

27

The blue-pencil approach is understood both as a test of the availability of severance to remedy contractual illegality and also as a technique for effecting severance. The blue-pencil approach as a test of the appropriateness of severance requires a consideration of whether an illegal contract can be rendered legal by striking out (i.e., by drawing a line through) the illegal promises in the agreement. The resulting set of legal terms should retain the core of the agreement. If the nature or core of the agreement is disturbed, then on this test the illegal clause in the contract is not a candidate for severance and the entire contract is void. The blue-pencil approach

C. *La nature problématique du test du trait de crayon bleu*

La méthode du trait de crayon bleu est considérée à la fois comme un test permettant de déterminer s'il y a ouverture à la divisibilité pour remédier à un contrat illégal, et comme une technique d'application de la divisibilité. Lorsque la méthode du trait de crayon bleu est utilisée comme test pour décider de l'opportunité d'appliquer la divisibilité, le tribunal doit se demander si le contrat illégal peut être validé en retranchant (c'est-à-dire en rayant d'un trait) les engagements illégaux y figurant. L'ensemble de conditions légales résultant de ce retranchement doit préserver l'essence du contrat. Suivant ce test, si la nature ou l'essence du

as a technique of effecting severance involves the actual excision of the provisions leading to the illegality, leaving those promises untainted by the illegality to be enforced.

The use of the blue-pencil approach to sever one or more provisions from a contract alters the terms of the agreement between the parties. The only agreement that one can say with certainty the parties would have agreed to is the one that they actually entered into. The insistence in the case law that the blue-pencil test derives its validity from refusing to change or add words or provisions to the contract is unconvincing. It is doubtful, for example, that the lenders in cases such as *Thomson, supra*, or *Mira Design, supra*, would have entered into the agreements at issue had they been aware *ex ante* that they would only be entitled to the return of the principal advanced. The change effected by the blue-pencil technique will often fundamentally alter the consideration associated with the bargain and do violence to the intention of the parties. Indeed, in many cases, the application of the blue-pencil approach will provide for an interest-free loan where the parties demonstrated in the agreement a clear intention to charge and pay considerable interest.

The blue-pencil test was developed in cases where the courts were considering instruments under seal, where the form of the deed governed and where the intention of the parties was irrelevant. It was therefore important that what remained after severance would be a valid deed:

In the deed form was everything; the actual intention of the parties was immaterial. It was, therefore, natural that in considering the possibility of severance of promises in a deed, the court should be concerned to see that what was left remained a valid deed; there could be no question of implying a promise to take effect if part of the

contrat est modifiée, la clause illégale du contrat ne se prête alors pas à l'application de la divisibilité et le contrat tout entier est nul. En tant que technique d'application de la divisibilité, la méthode du trait de crayon bleu consiste à amputer concrètement les clauses à l'origine de l'illégalité, tout en maintenant les engagements non viciés par l'illégalité pour qu'ils soient exécutés.

L'emploi de la technique du trait de crayon bleu pour retrancher une ou plusieurs clauses d'un contrat modifie les conditions de la convention conclue par les parties. La seule convention qui, peut-on affirmer avec certitude, est intervenue entre les parties est celle qu'elles ont conclue dans les faits. L'importance que la jurisprudence accorde au fait que le test du trait de crayon bleu tire sa validité du refus de changer ou d'ajouter des mots ou des clauses au contrat n'est pas convaincante. Par exemple, il est permis de douter que, dans des affaires tels les arrêts *Thomson*, précité, ou *Mira Design*, précité, les prêteurs auraient conclu les conventions litigieuses s'ils avaient su, avant le fait, qu'ils n'auraient droit qu'à la remise du capital prêté. Le changement apporté au moyen de la technique du trait de crayon bleu modifie souvent de manière fondamentale la contrepartie en cause dans le marché et il fait violence à l'intention des parties. En effet, dans de nombreux cas l'application de la technique du trait de crayon bleu donne lieu à un prêt sans intérêts, alors même que les parties avaient manifesté dans leur convention l'intention évidente de percevoir et de payer, selon le cas, des intérêts considérables.

Le test du trait de crayon bleu a été élaboré à l'occasion de décisions dans lesquelles les tribunaux examinaient des actes scellés, où le respect de la forme prescrite était le facteur déterminant et où l'intention des parties n'était pas pertinente. Il était donc important que tout ce qui n'avait pas été retranché demeure un acte valide :

[TRADUCTION] Seule la forme de l'acte comptait; l'intention réelle des parties était sans importance. Il était donc naturel que, dans l'examen de la possibilité de retrancher certains engagements de l'acte, le tribunal s'assure que ce qui allait rester demeure un acte valide; il était hors de question de supposer qu'un engagement produirait ses

original bargain was illegal. This is the historical origin of what was later called the ‘blue-pencil test’.

(N. S. Marsh, “The Severance of Illegality in Contract” (1948), 64 *L.Q.R.* 230 and 347, at pp. 351-52)

Historically, courts were not concerned with the intention of the parties. The artificiality of the blue-pencil test arises from the common law constraints imposed on courts unaided by principles of equity.

- 30 Courts inescapably make a new bargain for the parties when they use the blue-pencil approach. As Cullity J. remarked, at paras. 35-36:

The blue-pencil test is, I believe, a relic of a bygone era when the attitude of courts of common law — unassisted by principles of equity — towards the interpretation and enforcement of contracts was more rigid than is the case at the present time. At an early stage in the development of the law relating to illegal promises, severance was held to be justified on the basis of the blue-pencil test alone. As the reasoning in *Milani* and *William E. Thomson* demonstrates, we have moved a long way beyond that mechanical approach. Enforcement may be refused in the exercise of the kind of discretionary judgment I have mentioned even where blue-pencil severance is possible.

Despite repeated statements in the cases that the court will not make a new agreement for the parties, that is, of course, exactly what it does whenever severance is permitted in cases like *William E. Thomson* and *Milani*. [Emphasis added.]

I am in complete agreement with the conclusion that when a court employs the blue-pencil test, it is making a new agreement for the parties. Indeed, all forms of severance alter the terms of the original agreement.

- 31 I also agree with the view of Rosenberg J.A. at the Court of Appeal in the present case, at para. 33, that severance lies along a spectrum of available

effets si une partie du marché conclu initialement était illégale. Voilà les origines historiques de ce qui a plus tard été appelé le « test du trait de crayon bleu ».

(N. S. Marsh, « The Severance of Illegality in Contract » (1948), 64 *L.Q.R.* 230 et 347, p. 351-352)

Autrefois, les tribunaux ne se souciaient pas de l'intention des parties. L'artificialité du test du trait de crayon bleu découle des contraintes que la common law imposait aux tribunaux, lesquels ne pouvaient faire appel aux principes d'équité.

Les tribunaux établissent immanquablement un nouveau marché entre les parties lorsqu'ils appliquent la technique du trait de crayon bleu. Comme l'a fait remarquer le juge Cullity, aux par. 35-36 :

[TRADUCTION] À mon avis, le test du trait de crayon bleu constitue un vestige d'une époque révolue où les tribunaux de common law — qui jugeaient sans l'aide des principes d'équité — avaient à l'égard de l'interprétation et de l'exécution des contrats une attitude plus rigide que ce n'est le cas aujourd'hui. Au début de l'élaboration du droit relatif aux engagements illégaux, on considérait que seul le test du trait de crayon bleu permettait de justifier le recours à la divisibilité. Comme le démontre le raisonnement exposé dans les arrêts *Milani* et *William E. Thomson*, nous avons progressé bien au-delà de cette démarche mécanique. Appliquant le genre de pouvoir discrétionnaire dont j'ai parlé, le tribunal peut refuser d'ordonner l'exécution du contrat, et ce même dans un cas où la divisibilité est possible au moyen de la technique du trait de crayon bleu.

Malgré les affirmations répétées, dans la jurisprudence, que les tribunaux n'établissent pas de nouvelles conventions entre les parties, c'est bien sûr exactement ce qu'ils font à chaque fois que la divisibilité est autorisée dans des affaires tels les arrêts *William E. Thomson* et *Milani*. [Je souligne.]

Je souscris sans réserve à la conclusion selon laquelle le tribunal qui emploie le test du trait de crayon bleu se trouve à établir une nouvelle convention entre les parties. De fait, toutes les techniques d'application de la divisibilité modifient les conditions de la convention originale.

Je partage également l'opinion exprimée en l'espèce par le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario, au par. 33, à savoir que la

remedies. Depending on the circumstances, the court may exercise its discretion to find the whole agreement unenforceable or sever only the provision(s) that put the effective interest rate over 60 percent:

[A] judge has discretion to apply the doctrine of severance to an agreement that offends the criminal interest rate provisions of the Code. This discretion gives rise to a spectrum of available remedies. Where the loan transaction resembles a traditional loan sharking arrangement, the court may refuse to apply the doctrine of severance and hold the entire loan agreement unenforceable, including the obligation to repay the principal. While this remedy leaves the borrower with a windfall, this result may be justified in some cases by the need to denounce such usurious practices. See *C.A.P.S. International Inc. v. Kotello*, [2002] M.J. No. 205 [(QL)] (Q.B.). At the other end of the spectrum, in the case of a good faith commercial transaction where the equities favour the lender and severance does not undermine the policy of the legislation, the court may sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 per cent, leaving intact the borrower's obligation to repay the principal and pay some interest. See e.g., *Milani*, *supra*. Closer to the centre of the spectrum lies a case like *Terracan [Capital Corp. v. Pine Projects Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 431(B.C.C.A.)], where the court severed all the interest provisions but upheld the debtor's obligation to repay the principal. [Emphasis added.]

This statement of the remedial discretion of a judge in a case involving a violation of s. 347 of the *Code* takes into account the seriousness of the illegality involved in any given case, the identity and nature of the parties and the broader contractual context.

If the case is an appropriate one for the court to sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 percent, and if it is conceded, as it must be, that such a rewording alters the agreement of the parties, the

divisibilité s'inscrit le long du spectre des réparations à la disposition des tribunaux. Selon les circonstances, le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire soit pour déclarer l'ensemble de la convention inexécutoire soit pour retrancher uniquement la ou les clauses ayant pour effet de hausser le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100 :

[TRADUCTION] [L]es juges disposent du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour appliquer la doctrine de la divisibilité à une convention qui contrevient aux dispositions du Code relatives au taux d'intérêt criminel. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire donne naissance à un spectre de réparations à la disposition des tribunaux. Lorsque le prêt ressemble à un arrangement classique de prêt usuraire, le tribunal peut refuser d'appliquer la doctrine de la divisibilité et déclarer l'ensemble de la convention de prêt inexécutoire, y compris l'obligation de rembourser le capital. Bien que cette réparation procure un profit inattendu à l'emprunteur, une telle solution peut parfois être justifiée par la nécessité de dénoncer de telles pratiques usuraires. Voir *C.A.P.S. International Inc. c. Kotello*, [2002] M.J. n° 205 [(QL)] (B.R.). À l'autre extrémité du spectre, dans le cas d'une opération commerciale conclue de bonne foi, où les principes d'équité favorisent le prêteur et où la divisibilité ne compromet pas l'objectif de politique générale visé par la loi, le tribunal a la faculté de retrancher uniquement les clauses de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, sans toucher à l'obligation de l'emprunteur de rembourser le capital et de payer une certaine somme au titre des intérêts. Voir, par exemple, l'arrêt *Milani*, précité. Plus près du centre du spectre, on trouve une affaire comme *Terracan [Capital Corp. c. Pine Projects Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 431 (C.A.C.-B.)], où le tribunal a retranché toutes les clauses relatives à l'intérêt mais a confirmé l'obligation du débiteur de rembourser le capital. [Je souligne.]

Cette description du pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder réparation dans les affaires de contravention à l'art. 347 du *Code* tient compte de la gravité de l'illégalité en cause, de l'identité et de la nature des parties ainsi que du contexte général du contrat.

S'il s'agit d'une affaire où le tribunal est justifié de retrancher uniquement les clauses de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, et s'il est admis, comme cela se doit, qu'une telle reformulation modifie la

question becomes only a choice of the appropriate technique of severance. The preferred severance technique is the one that, in light of the particular contractual context involved, would most appropriately cure the illegality while remaining otherwise as close as possible to the intentions of the parties expressed in the agreement. The blue-pencil technique may not necessarily achieve that result.

33 The blue-pencil test is imperfect because it involves mechanically removing illegal provisions from a contract, the effects of which are apt to be somewhat arbitrary. The results may be arbitrary in the sense that they will be dependent upon accidents of drafting and the form of expression of the agreement, rather than the substance of the bargain or consideration involved. For example, if the effective interest rate of the total interest obligation (as defined in s. 347(2)) in the agreement between New Solutions and TNAE were only 0.1 percent lower, then the excision of the various charges, fees and royalty payment provisions using the blue-pencil technique would have resulted in a legally valid agreement bearing an effective annual rate of interest of 60 percent. Although the results obtained from the blue-pencil approach will in many cases be sensible and may often be desirable, due to its artificiality, the application of the blue-pencil approach will sometimes be inappropriate.

34 Section 347 of the *Code* invites difficulties with arbitrariness by imposing a bright line of 60 percent as demarcating legal interest from illegal interest. This legislatively mandated bright line distinguishes s. 347 cases from those involving provisions, for example, in restraint of trade, where there is no bright line. The interaction of the blue-pencil test with the bright line separating illegal interest from legal interest leads to erratic results. Consider the following three substantively equivalent contracts. Assume for each contract that each party was commercially sophisticated, of equivalent bargaining power and in receipt of independent legal advice. Assume also that neither party was aware

convention des parties, il ne reste qu'à choisir la technique appropriée d'application de la divisibilité. La technique à privilégier est celle qui, compte tenu du contexte particulier du contrat, remédie le mieux à l'illégalité tout en respectant, autant que faire se peut, l'intention exprimée par les parties dans la convention. La technique du trait de crayon bleu ne permet pas nécessairement d'obtenir ce résultat.

La technique du trait de crayon bleu est imparfaite en ce qu'elle consiste à retrancher mécaniquement les clauses illégales du contrat, solution dont les effets risquent d'être quelque peu arbitraires. Les conséquences peuvent être arbitraires en ce sens qu'elles dépendent des hasards de la rédaction et de la forme d'expression employée dans la convention, plutôt que de la substance du marché ou de la contrepartie en cause. Par exemple, si le taux d'intérêt effectif de l'ensemble de l'obligation relative à l'intérêt (au sens du par. 347(2)) prévue par la convention conclue par New Solutions et TNAE était inférieur de 0,1 pour 100 seulement, alors l'excision des clauses relatives aux droits, frais, honoraires et redevances au moyen de la technique du trait de crayon bleu aurait produit une convention légalement valide fixant un taux d'intérêt annuel effectif de 60 pour 100. Bien que les résultats obtenus grâce à cette technique soient dans bien des cas logiques et puissent souvent être souhaitables, l'application de cette réparation est parfois inappropriée en raison de son artificialité.

L'application de l'art. 347 du *Code* ouvre la porte à des difficultés dues à l'arbitraire parce qu'il fixe une ligne de démarcation nette — 60 pour 100 — entre l'intérêt légal et l'intérêt illégal. Cette démarcation prescrite par la loi distingue les affaires fondées sur l'art. 347 de celles concernant les clauses — restreignant la liberté de commerce par exemple — à l'égard desquelles il n'existe pas de telle ligne de démarcation nette. L'interaction du test du trait de crayon bleu et de la ligne de démarcation nette séparant l'intérêt légal et l'intérêt illégal produit des résultats erratiques. Prenons les trois contrats suivants, tous essentiellement équivalents. Pour chacun de ceux-ci, supposons que les deux

the interest payable was prohibited by the *Code*. The three contracts lead to dramatically different results when the blue-pencil test is applied.

First, consider the result obtained using the blue-pencil approach in the case at bar. Accepted actuarial evidence showed that the contract between TNAE and New Solutions providing for interest at four percent per month, calculated daily, payable monthly in arrears, represented an effective interest rate of 60.1 percent per annum; other fees and charges reflected a further 30.8 percent interest per annum, resulting in a total rate of 90.9 percent. The application of the blue-pencil test required that, at the very least, the 60.1 percent interest provision be struck from the contract since, standing alone, it violated s. 347. After considering the equities of the contractual context, Rosenberg J.A. concluded that TNAE should have to repay the principal and at least some interest. Consequently, the provision calling for 60.1 percent effective annual interest was struck from the contract, and TNAE was held accountable for repaying the principal plus the other fees and charges, amounting to an effective annual interest rate of 30.8 percent.

Second, consider a contract that provides for 60.0 percent interest in one provision and 30.9 percent interest in the remaining provisions. This contract would result in the same 90.9 percent per annum rate of interest payable overall. Given the equities of the contractual context as found in the courts below, the application of the blue-pencil test would result in the other fees and charges being struck from the contract and the 60.0 percent interest payment obligation surviving.

parties possèdent une grande expérience des affaires et un pouvoir de négociation équivalent et que chacune a consulté ses propres avocats. Imaginons également qu'aucune des parties ne savait que le taux d'intérêt payable était prohibé par le *Code*. L'application du test du trait de crayon bleu à ces trois contrats donne des résultats très différents.

Premièrement, examinons le résultat obtenu en utilisant la méthode du trait de crayon bleu en l'espèce. La preuve actuarielle admise a démontré que le contrat conclu par TNAE et New Solutions, lequel prévoyait des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, représentait un taux d'intérêt effectif annuel de 60,1 pour 100; les droits, honoraires et autres frais prévus se traduisaient par un intérêt annuel supplémentaire de 30,8 pour 100 qui, ajouté au taux susmentionné, donnait un taux d'intérêt global de 90,9 pour 100. L'application du test du trait de crayon bleu exigeait à tout le moins que la clause prévoyant un taux d'intérêt de 60,1 pour 100 soit retranchée du contrat, puisque sa seule présence contrevenait à l'art. 347. Après avoir examiné le contexte du contrat au regard des principes d'équité, le juge Rosenberg a conclu que TNAE devrait être contrainte de rembourser le capital et de payer au moins une certaine somme au titre des intérêts. Par conséquent, la clause fixant un taux d'intérêt annuel effectif de 60,1 pour 100 a été retranchée du contrat et TNAE a été tenue au paiement du capital ainsi que des droits, honoraires et autres frais, qui correspondaient à un taux d'intérêt annuel effectif de 30,8 pour 100.

Deuxièmement, examinons un contrat qui comporte une clause fixant un taux d'intérêt de 60 pour 100 et d'autres clauses prévoyant des frais correspondant à un taux d'intérêt global de 30,9 pour 100. Ce contrat imposerait lui aussi un taux d'intérêt annuel global de 90,9 pour 100. Compte tenu des conclusions des juridictions inférieures sur le contexte du contrat au regard des principes d'équité, l'application du test du trait de crayon bleu entraînerait le retranchement des droits, honoraires et autres frais prévus par le contrat et le maintien de l'obligation de payer un intérêt de 60 pour 100.

35

36

37

Finally, consider what the result would be under the blue-pencil approach if there were only one interest provision, and that this provision called for an effective annual interest rate of 90.9 percent, which would also involve exactly the same amount of consideration passing from borrower to the lender as under the previous two contracts. The blue-pencil test would require that the entire interest obligation be severed from the contract, since it alone would violate s. 347. This would result in no interest being payable under the contract. It is possible, in this last example, that the illegality of the rate would be so apparent that courts would be justified in reducing to zero such a blatantly illegal rate. On the other hand, if the criminal rate was arrived at inadvertently — or under a misapprehension of the law — as assumed for the comparison of these three contracts, the obligation to repay at least some interest should be upheld. In that case, the maximum permissible rate would best reflect the intention of the parties, while curing the illegality.

Enfin, voyons quel résultat donnerait l'application de la technique du trait de crayon bleu si le contrat ne comportait qu'une seule clause relativement à l'intérêt, que cette clause fixait un taux d'intérêt annuel effectif de 90,9 pour 100 et que la contrepartie totale que devrait verser l'emprunteur au prêteur était exactement la même que dans les deux contrats précédents. Suivant le test du trait de crayon bleu, l'obligation relative à l'intérêt devrait être retranchée entièrement, puisque sa seule présence contreviendrait à l'art. 347. Cette situation ferait en sorte qu'aucun intérêt ne serait payable en vertu du contrat. Dans ce dernier exemple, il est possible que l'illégalité du taux soit à ce point flagrante que les tribunaux seraient justifiés de réduire à zéro un taux d'intérêt aussi manifestement illégal. Par contre, si le taux criminel a été fixé par inadvertance — ou par suite d'une mauvaise compréhension de la loi —, comme nous l'avons supposé aux fins de comparaison des trois exemples de contrats, l'obligation de payer au moins une certaine somme au titre des intérêts devrait être maintenue. Dans un tel cas, le taux maximal permis par la loi est celui qui reflète le mieux l'intention des parties, en plus de remédier à l'illégalité.

38

This demonstrates that, at least in the case of contracts in violation of s. 347 of the *Code*, the results associated with the application of the blue-pencil approach are overly dependent upon the form of the contract, rather than its substance. In these three similar contracts, the borrower must pay 30.8 percent interest, 60.0 percent interest, or no interest, depending on otherwise insignificant differences in drafting. Results this erratic and sensitive to the form of contractual expression are undesirable, and can be avoided through the use of notional severance in cases where considerations flowing from the broad contractual context favour the lender.

Cet exercice démontre que, à tout le moins dans le cas des contrats contrevenant à l'art. 347 du *Code*, le résultat de l'application de la technique du trait de crayon bleu dépend davantage de la forme du contrat que de sa substance. Dans ces trois contrats similaires, les emprunteurs doivent, en raison de différences de rédaction par ailleurs négligeables, payer respectivement 30,8 pour 100, 60 pour 100 et 0 pour 100 d'intérêt. Des résultats aussi erratiques et tributaires de la formulation du contrat ne sont pas souhaitables et peuvent être évités par l'application de la divisibilité fictive dans les cas où certaines considérations tenant au contexte général du contrat plaident en faveur du prêteur.

39

There is little danger that abuses of this remedial flexibility would surreptitiously creep past trial judges. On the contrary, judges are apt to be quite suspicious, and rightly so, of credit arrangements which provide for effective annual rates of interest in excess of 60 percent per annum. Using notional severance to read down interest provisions to be just

Il y a peu de risques que cette souplesse en matière de réparation donne lieu à des abus susceptibles d'échapper à la vigilance des juges. Au contraire, les juges savent très bien se méfier, à juste titre d'ailleurs, des arrangements de crédit prévoyant un taux d'intérêt annuel effectif supérieur à 60 pour 100. Le recours à la divisibilité fictive pour

within the legal limit would not find application in traditional loan-sharking transactions. It would be available as a remedy where a court recognizes the commercial sophistication and professional advice received by both parties, concludes that the violation of s. 347 by the parties was unintentional, and considers it equitable to give effect to the highest legal interest obligation available. In such cases, there is no reason, in my view, to prefer the blue-pencil approach as more likely to deter criminal interest rates. I will return to this point below.

Thus, the appropriate approach is to vest the greatest possible amount of remedial discretion in judges in courts of first instance. The spectrum of available remedies runs from a court holding contracts in violation of s. 347 void *ab initio*, in the most egregious and abusive cases, according to the criteria identified in *Thomson*, *supra*, to notional severance. In the determination of where along the spectrum a particular contract lies, the considerations identified in *Thomson* by Blair J.A. should be referred to and analysed carefully. Although Blair J.A. was considering the desirability of severing illegal interest from principal, the same factors are helpful in determining whether to reduce illegal interest to a legal level.

D. Application of the Revised Approach

Finding, as I do, that the maximum level of remedial flexibility should be vested in judges and available for application by them subject to a careful analysis of the factors identified in *Thomson*, I will apply this approach to the facts of the case at bar.

As outlined above, in *Thomson*, Blair J.A. identified four considerations relevant to the determination of whether public policy ought to allow an otherwise illegal agreement to be partially enforced

réduire au taux maximum permis par la loi le taux prévu par les clauses relatives à l'intérêt ne serait pas ouvert à l'égard des opérations classiques de prêt usuraire. Cette réparation pourrait être accordée dans les cas où le tribunal constate que les parties ont l'expérience des affaires et ont été conseillées par des professionnels, conclut que les parties n'ont pas enfreint intentionnellement l'art. 347 et estime qu'il est équitable de donner effet à l'obligation la plus lourde que permet la loi au titre de l'intérêt. Dans de tels cas, il n'existe à mon avis aucune raison de privilégier la technique du trait de crayon bleu du fait qu'elle serait plus susceptible de décourager la perception de taux d'intérêt criminels. Je vais revenir sur ce point un peu plus loin.

40

En conséquence, la solution appropriée consiste à reconnaître aux juges de première instance un pouvoir discrétionnaire aussi large que possible en matière de réparations. Le spectre des réparations à la disposition des tribunaux va de l'annulation *ab initio* des contrats contrevenant à l'art. 347 dans les cas les plus inacceptables et les plus abusifs, au regard des critères énoncés dans l'arrêt *Thomson*, précité, jusqu'à l'application de la divisibilité fictive. Pour situer un contrat donné sur ce spectre, il faut se reporter aux facteurs dégagés par le juge Blair dans l'arrêt *Thomson* et les analyser soigneusement. Même si, dans cette affaire, le juge Blair s'interrogeait sur l'opportunité de retrancher l'obligation de payer l'intérêt illégal sans supprimer celle de rembourser le capital, les mêmes facteurs sont néanmoins utiles pour décider si le taux d'intérêt illégal doit être réduit à un taux permis par la loi.

D. L'application de la démarche révisée

Comme j'arrive à la conclusion que les juges doivent disposer de la plus grande souplesse possible en matière de réparations et pouvoir l'appliquer, pourvu toutefois qu'ils analysent soigneusement les facteurs dégagés dans l'arrêt *Thomson*, je vais appliquer cette analyse aux faits de l'espèce.

41

Comme je l'ai expliqué précédemment, le juge Blair a énuméré, dans l'arrêt *Thomson*, quatre facteurs pertinents pour décider si aucune considération d'ordre public n'empêche le tribunal

42

rather than being declared void *ab initio* in the face of illegality in the contract:

1. whether the purpose or policy of s. 347 would be subverted by severance;
2. whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention;
3. the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement;
4. the potential for the debtor to enjoy an unjustified windfall.

43

The first factor — whether the policy behind s. 347 would be subverted here by partial enforcement — is related to the concerns expressed by Rosenberg J.A. in this case that civil remedies should not frustrate the deterrence purpose of the criminal prohibition. In this regard, it is important to identify the policy purpose underlying s. 347. Ostensibly, it was intended to curb loan-sharking activity. It is difficult to pinpoint the precise rationale behind the provision, however, because the legislative record yields few clues. According to Professor Ziegel:

On July 22nd, 1980, only a day after its first reading, the House of Commons gave second and third reading to Bill C-44, "An Act to amend the Small Loans Act and to provide for its repeal and to amend the Criminal Code". The Bill was not debated and its adoption had the unanimous support of all three political parties. Any public discussion of the merits of the Bill was effectively forestalled by the haste with which it was rushed through the House. This failure to give interested parties an opportunity to study and comment on the Bill would be serious enough if the Bill only dealt with minor technical matters. But it does not. The Bill deals with questions of major social, economic, and legal importance which warranted careful examination. Even if one accepts the soundness of the objectives of the Bill, it does not follow that its technical implementation is equally unobjectionable or that the same goals could not have been realized in a less controversial manner. In the writer's view, the Bill is open to

d'ordonner l'exécution partielle d'une convention par ailleurs illégale, au lieu de déclarer celle-ci nulle *ab initio* en raison de l'ilégalité du contrat :

1. la question de savoir si l'application de la divisibilité compromettrait l'objectif ou la politique générale visé par l'art. 347;
2. la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante;
3. le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations;
4. la possibilité que le débiteur tire un profit injustifié de la solution choisie.

Le premier facteur — la question de savoir si la réalisation de la politique générale à la base de l'art. 347 serait compromise en l'espèce par l'exécution partielle de la convention — rejoint la crainte exprimée dans la présente affaire par le juge Rosenberg, à savoir que les réparations accordées en matière civile ne devraient pas nuire à l'objectif de dissuasion visé par l'interdiction criminelle. À cet égard, il est important de discerner la politique générale à la base de l'art. 347. À première vue, cette disposition a pour objet de mettre un frein aux activités de prêt usuraire. Il est toutefois difficile de déterminer la raison d'être précise de la disposition, étant donné que l'historique législatif renferme peu d'indices. Selon le professeur Ziegel :

[TRADUCTION] Le 22 juillet 1980, un jour seulement après la première lecture, la Chambre des Communes a procédé aux deuxième et troisième lectures du projet de loi C-44, intitulé « Loi portant modification et abrogation de la Loi sur les petits prêts et modifiant le Code criminel ». Le projet de loi n'a pas été débattu et les trois partis politiques ont appuyé unanimement son adoption. L'adoption hâtive du projet de loi par la Chambre a pour ainsi dire empêché tout débat public sur le bien-fondé de celui-ci. Le fait de ne pas avoir donné aux intéressés l'occasion d'étudier le projet de loi et de le commenter serait en soi suffisamment grave si ce projet de loi ne portait que sur des détails techniques. Mais ce n'est pas le cas. Le projet de loi traite de questions d'importance considérable sur les plans social, économique et juridique, qui méritaient un examen attentif. Même si l'on admet le bien-fondé des objectifs du projet de loi, il ne s'ensuit pas que sa mise en œuvre sur le plan technique est elle

objections on both counts and may generate as many new problems as it was designed to resolve.

(J. S. Ziegel, "Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 188, at p. 188)

As was stated by this Court in *Garland*, *supra*, at para. 25:

The ostensible purpose of s. 347 was to aid in the prosecution of loan sharks. See *House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl., vol. III, July 21, 1980, at p. 3146; *Thomson, supra*, at p. 549. However, it is clear from the language of the statute — e.g., its reference to insurance and overdraft charges, official fees, and property taxes in mortgage transactions — that s. 347 was designed to have a much wider reach, and in fact the section has most often been applied to commercial transactions which bear no relation to traditional loan-sharking arrangements. Although s. 347 is a criminal provision, the great majority of cases in which it arises are not criminal prosecutions. Rather, like the case at bar, they are civil actions in which a borrower has asserted the common-law doctrine of illegality in an effort to avoid or recover an interest payment, or to render an agreement unenforceable. For this reason, the provision has attracted criticism from some commercial lawyers and academics, and calls have repeatedly been made for its amendment or repeal. . . . Nevertheless, it is now well settled that s. 347 applies to a very broad range of commercial and consumer transactions involving the advancement of credit, including secured and unsecured loans, mortgages and commercial financing agreements.

Since it is very difficult to identify the policy objective behind s. 347 of the *Code* beyond the prevention of loan-sharking, violations of the section that clearly do not involve loan-sharking should be approached cautiously, keeping in mind that there is no need to deter, through the criminal law, effective interest rates of up to 60 percent per year. Given that this was a commercial transaction engaged in by experienced and independently advised commercial parties, it is difficult to see why the choice of a 30.8 percent rather than

aussi à l'abri de toute critique ou qu'il n'aurait pas été possible d'atteindre les mêmes buts d'une manière moins controversée. L'auteur est d'avis que le projet de loi prête le flanc à la critique à ces deux égards et pourrait créer autant de problèmes qu'il était censé en résoudre.

(J. S. Ziegel, « Bill C-44 : Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law » (1981), 59 *R. du B. can.* 188, p. 188)

Comme l'a précisé la Cour dans l'arrêt *Garland*, précité, par. 25 :

Le but apparent de l'art. 347 était d'aider à poursuivre les usuriers. Voir *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 32^e législ., vol. III, 21 juillet 1980, à la p. 3146; *Thomson, précité*, à la p. 549. Toutefois, il ressort clairement de cette disposition — notamment de la mention qu'elle fait des frais d'assurance, des frais pour découvert de compte, des taxes officielles et des taxes foncières dans le cas de prêts hypothécaires — qu'elle était destinée à avoir une portée beaucoup plus large, et en fait, elle a très souvent été appliquée à des opérations commerciales qui n'ont rien à voir avec les prêts usuraires classiques. Bien que l'art. 347 soit une disposition en matière criminelle, la plupart du temps il n'est pas invoqué dans le cadre de poursuites criminelles. Il s'agit plutôt, comme en l'espèce, de poursuites civiles dans lesquelles un emprunteur invoque la théorie de l'ilégalité en common law dans le but d'éviter ou d'obtenir un paiement d'intérêt, ou dans le but de rendre une entente non exécutoire. Pour cette raison, la disposition a été critiquée par certains avocats et auteurs de doctrine spécialisés en droit commercial, et sa modification ou son abrogation a été réclamée à maintes reprises. [...] Cependant, il est maintenant bien établi que l'art. 347 s'applique à une très large gamme d'opérations en matière de commerce et de consommation qui comportent un prêt de capital, notamment les prêts garantis et non garantis, les prêts hypothécaires et les contrats de financement commercial.

Puisqu'il est très difficile de dégager la politique générale à la base de l'art. 347 du *Code*, outre la prévention des prêts usuraires, les contraventions à cet article qui ne comportent de toute évidence pas de telles activités devraient être analysées avec prudence, en gardant à l'esprit qu'il n'est pas nécessaire de décourager, au moyen du droit criminel, la perception de taux d'intérêt annuels effectifs pouvant atteindre 60 pour 100. Comme il s'agissait en l'espèce d'une opération commerciale conclue par des parties possédant l'expérience des affaires et

60 percent rate better fosters compliance with s. 347(1)(a) of the *Code*.

44

The second factor is whether the agreement was entered into for an illegal purpose or with an evil intention. There is no evidence on the record to suggest that New Solutions has been charged with violating s. 347(1)(a). Absent a criminal conviction, New Solutions has the benefit of the presumption of innocence. Concerns with specific and general deterrence are best addressed by the criminal law. A prosecution under s. 347 of the *Code* cannot be initiated without the consent of the Attorney General. This suggests that even a criminal remedy is not always appropriate for an infringement of s. 347, let alone a civil remedy seeking to promote the criminal law objective of deterrence. Cullity J. found that the parties were unaware that the agreement contravened s. 347, their intent being only to provide the means by which TNAE could buy out its remaining shareholders and acquire commercially necessary working capital. It was a contract entered into for ordinary commercial purposes. There was nothing inherently illegal or evil about this intention. The worst that could be said is that TNAE was a high-risk debtor for New Solutions to lend to (even with the personal guarantees of the Dragosits), the corporation's needs were high relative to its value, and it needed the money on relatively short notice. This second consideration militates in favour of a flexible remedy.

45

The third factor concerns the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement. Each party had independent legal advice. Each party was commercially experienced. The Dragosits and TNAE knew what they were getting into, as did New Solutions. The one failing seems to be that neither side realized that their agreement would contravene s. 347 of the *Code*.

ayant chacune consulté ses propres conseillers, il est difficile de voir en quoi le fait de choisir le taux de 30,8 pour 100 plutôt que celui de 60 pour 100 favorise davantage le respect de l'al. 347(1)a) du *Code*.

Le deuxième facteur est la question de savoir si la convention a été conclue dans un but illégal ou dans une intention malveillante. Rien au dossier n'indique que New Solutions a été accusée d'avoir enfreint l'al. 347(1)a). En l'absence de déclaration de culpabilité criminelle, New Solutions bénéficie de la présomption d'innocence. Il est préférable de recourir au droit criminel pour faire face aux problèmes de dissuasion spécifique et générale. Aucune poursuite fondée sur l'art. 347 du *Code* ne peut être intentée sans l'autorisation du procureur général. Cela tend à indiquer que même une sanction criminelle n'est pas toujours la réparation appropriée en cas de violation de l'art. 347, à plus forte raison une réparation civile visant à réaliser l'objectif de dissuasion du droit criminel. Le juge Cullity a conclu que les parties ignoraient que la convention contrevenait à l'art. 347 et qu'elles avaient uniquement voulu doter TNAE des moyens de racheter la participation des autres actionnaires et du fonds de roulement nécessaire à l'exercice de ses activités. Il s'agissait d'un contrat conclu à des fins commerciales ordinaires. Cette intention n'avait fondamentalement rien d'illégal ou de malveillant. Le pire qu'on puisse dire est que TNAE était un emprunteur présentant un risque élevé pour le prêteur, New Solutions (et ce malgré les garanties personnelles consenties par les Dragosits), que les besoins de crédit de l'entreprise étaient grands comparativement à sa valeur et que celle-ci avait besoin des fonds à assez brève échéance. Ce deuxième facteur milite en faveur de l'application d'une réparation souple.

Le troisième facteur est le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations. Chaque partie a consulté ses propres avocats. Chaque partie avait l'expérience des affaires. Tout comme New Solutions, les Dragosits et TNAE savaient dans quoi ils s'engageaient. Le seul problème semble être le fait que ni l'une ni l'autre des parties n'a constaté que la convention

This third consideration, too, favours a flexible remedy.

Finally, any potential for an unjustified windfall in this case arises from TNAE possibly not having to repay the principal and interest, or from TNAE possibly not having to pay a commercially appropriate rate of interest on the loan. Given that each party had independent advice and knew precisely the obligations that they were taking on, my conclusion is that the equities of the situation favour New Solutions. This is in accord with the findings by both the lower courts in this case.

New Solutions should be repaid the principal, with the highest amount of interest legally allowable, namely 60 percent. This represents a reduction from the interest rate of 90.9 percent that the contract provided for, but, given s. 347 of the *Code*, is the most that New Solutions can legally receive. This no more rewrites the contract than enforcing only the other obligations, which cumulatively amount to “interest” at 30.8 percent.

My colleague, Bastarache J., refers to clause 9.1 of the accounts receivable factoring agreement (para. 68), arguing it supports the blue-pencil approach to severance. I agree that by clause 9.1 the parties expressed a preference for the use of severance to give full effect to the valid provisions of that agreement. I have two responses to the view, however, that the clause calls for the use of the blue-pencil approach to severance rather than notional severance. First, from the outset the parties agreed not to strictly abide by the terms of the accounts receivable factoring agreement. Therefore, I question whether it is appropriate to refer to clause 9.1 of this agreement. Second, accepting for the sake of argument that the factoring agreement is relevant, the use of notional severance is not foreclosed by the intent underlying the inclusion of clause 9.1 in the factoring agreement. The genuine intent underlying

contrevainait à l’art. 347 du *Code*. Ce troisième facteur milite lui aussi en faveur de l’application d’une réparation souple.

Enfin, seule TNAE pourrait en l’espèce être la bénéficiaire d’un profit injustifié, du fait qu’elle pourrait ne pas être obligée de rembourser le capital et de payer les intérêts ou qu’elle pourrait être dispensée de payer, à l’égard du prêt, un taux d’intérêt approprié d’un point de vue commercial. Étant donné que chaque partie a consulté ses propres conseillers juridiques et connaissait exactement les obligations qu’elle contractait, j’estime que, du point de vue de l’equity, la situation est favorable à New Solutions. Cette conclusion est conforme aux constatations des juridictions inférieures en l’espèce.

New Solutions a droit au remboursement du capital du prêt, ainsi qu’au taux d’intérêt le plus élevé que la loi autorise, à savoir 60 pour 100. Ce taux est inférieur au taux de 90,9 pour 100 prévu par le contrat, mais, eu égard à l’art. 347 du *Code*, il s’agit du taux le plus élevé que New Solutions peut légalement percevoir. Cette modification ne constitue pas davantage une reformulation du contrat que ne le serait la solution d’ordonner l’exécution des autres obligations seulement, lesquelles correspondent cumulativement à un « intérêt » de 30,8 pour 100.

Mon collègue le juge Bastarache invoque la clause 9.1 de la convention d’affacturage (par. 68), faisant valoir qu’elle justifie le recours à la divisibilité au moyen de la technique du trait de crayon bleu. J’admetts que, par cette clause, les parties ont exprimé leur désir de recourir à la divisibilité pour donner plein effet aux dispositions valides de leur convention. Toutefois, l’opinion selon laquelle la clause commande l’emploi de la technique du trait de crayon bleu au lieu de la divisibilité fictive m’inspire deux observations. Premièrement, dès le départ les parties ont convenu de ne pas observer de manière stricte les modalités de la convention d’affacturage. Par conséquent, je m’interroge sur le bien-fondé d’invoquer la clause 9.1 de cette convention. Deuxièmement, même en supposant, pour les besoins de l’argument, que la convention d’affacturage soit pertinente, l’application de la divisibilité

46

47

48

clause 9.1 was to preserve as much of the agreement as possible should any part of it be deemed to be invalid. In light of the analysis above, the part of the agreement that is invalid is the obligation to pay an effective interest rate in excess of 60 percent per annum. Therefore, notional severance is the most appropriate remedy to apply here, since it gives the greatest possible legal effect to the valid aspects of the agreement, which is in concert with the intention underlying clause 9.1.

fictive n'est pas exclue en raison de l'intention à la base de l'insertion de la clause 9.1 dans la convention d'affacturage. L'objet véritable de cette clause était de préserver la plus grande partie possible de la convention dans l'éventualité où quelque élément de celle-ci serait jugé invalide. À la lumière de l'analyse qui précède, la partie de la convention qui est invalide est l'obligation de payer un taux d'intérêt effectif dépassant 60 pour 100 par année. Par conséquent, la divisibilité fictive est la réparation la plus appropriée en l'espèce, car elle donne l'effet juridique le plus large possible aux aspects valides de la convention, résultat qui est conforme à l'intention à la base de l'inclusion de la clause 9.1 dans la convention.

VI. Conclusion

49 For the foregoing reasons I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of Cullity J. I would award costs to the appellant in this Court and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

50 BASTARACHE J. (dissenting) — I have read the reasons of Arbour J. and respectfully disagree. I would not make available the remedy of "notional severance", whereby judges are permitted to rewrite offending provisions in a contract so as to make them conform with the law. Instead, I would restrict the remedy available under such circumstances to severance, in the traditional sense, whereby judges are permitted to strike out offending provisions in a contract provided they represent separate promises.

51 My dissent is based on three major considerations.

52 First, like Rosenberg J.A. of the Ontario Court of Appeal, I think there is a fundamental difference between striking out offending sections of a contract and rewriting a central provision of a contract. Although both approaches admittedly interfere in some way with the intent of the parties, the added flexibility of the rewriting approach comes at a

VI. Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir celle du juge Cullity, avec dépens en faveur de l'appelante devant la Cour et devant la Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — J'ai lu les motifs de la juge Arbour et, en toute déférence, je ne peux y souscrire. Je n'autoriserais pas le recours à la méthode dite de la [TRADUCTION] « divisibilité fictive » (« *notional severance* »), qui permet aux juges de reformuler les clauses illégales d'un contrat pour les rendre conformes à la loi. Je limiterais plutôt la réparation ouverte dans de telles circonstances à la divisibilité, au sens traditionnel, qui permet aux juges de retrancher les clauses illégales d'un contrat, pourvu que celles-ci représentent des engagements distincts.

Ma dissidence repose sur trois considérations principales.

Premièrement, à l'instar du juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario, j'estime qu'il existe une différence fondamentale entre le fait de retrancher des clauses illégales d'un contrat et celui de reformuler une clause cruciale d'un contrat. Même s'il est vrai que les deux méthodes modifient d'une certaine manière l'intention des parties, la souplesse accrue

considerable cost. Furthermore, it is not supported by any principle of contract law. On the contrary, the severance doctrine is a long-standing one. A useful survey of the history and development of severance for illegality can be found in *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549 (C.A.).

Historically, courts held that illegality in contract rendered the entire agreement unenforceable and refused to order the return of money or property transferred under the agreement. This classic approach to contractual illegality was articulated by Parke B. in *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), at p. 710:

[W]here the contract which the plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect. It is equally clear that a contract is void if prohibited by a statute, though the statute inflicts a penalty only, because such a penalty implies a prohibition.

This Court has also endorsed the traditional doctrine of statutory illegality. In *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603, Ritchie C.J. stated, at p. 610:

It would be a curious state of the law if, after the Legislature had prohibited a transaction, parties could enter into it, and, in defiance of the law, compel courts to enforce and give effect to their illegal transactions.

At p. 613, Strong J. added:

Whenever the doing of any act is expressly forbidden by statute, whether on grounds of public policy or otherwise, the English courts hold the act, if done, to be void, though no express words of avoidance are contained in the enactment itself.

See also *Steinberg v. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916 (Ont. C.A.); *Hasiuk v. Oshanek*, [1936] 1 D.L.R. 232 (Man. C.A.).

Over time, the lower courts in Canada moved away from this strict approach because it was

que permet la reformulation s'accompagne toutefois d'un coût considérable. En outre, aucun principe du droit des contrats n'étaye le recours à cette méthode. À l'opposé, la divisibilité est une doctrine établie depuis longtemps. L'arrêt *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549 (C.A.), décrit fort utilement l'historique et l'évolution de la divisibilité en tant qu'instrument permettant de remédier à l'ilégalité.

Pendant longtemps, les tribunaux ont jugé que l'ilégalité d'un contrat rendait celui-ci entièrement inexécutable et ils refusaient d'ordonner la remise de l'argent ou des biens transférés en vertu du contrat. Dans l'arrêt *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), p. 710, le baron Parke a énoncé ainsi cette solution classique en matière d'ilégalité contractuelle :

[TRADUCTION] [S]i le contrat exprès ou tacite dont le demandeur sollicite l'exécution est explicitement ou implicitement interdit par la common law ou un texte de loi, aucun tribunal n'accordera son aide pour lui donner effet. De plus, il est clair qu'un contrat est nul s'il est interdit par une loi, même si celle-ci n'inflige qu'une sanction pécuniaire, parce que pareille sanction implique une interdiction.

Notre Cour a elle aussi souscrit à la doctrine traditionnelle de l'ilégalité du fait de la loi. Dans l'arrêt *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603, le juge en chef Ritchie a dit ceci, à la p. 610 :

[TRADUCTION] Il s'agirait d'un curieux état du droit si les parties pouvaient conclure une opération interdite par le législateur et, au mépris de la loi, obliger les tribunaux à donner effet à leurs opérations illégales.

Le juge Strong a pour sa part ajouté ce qui suit, à la p. 613 :

[TRADUCTION] Chaque fois que l'accomplissement d'un acte est expressément interdit par une loi, que ce soit pour des raisons fondées sur l'intérêt public ou pour d'autres raisons, les tribunaux anglais jugent que l'acte ainsi accompli est frappé de nullité, malgré l'absence de termes exprès d'annulation dans la loi même.

Voir également, les arrêts *Steinberg c. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916 (C.A. Ont.), et *Hasiuk c. Oshanek*, [1936] 1 D.L.R. 232 (C.A. Man.).

Au fil du temps, les tribunaux d'instance inférieure canadiens ont délaissé cette doctrine stricte,

viewed as harsh and inequitable in some cases and could result in a windfall to one party. Courts have come to apply a modern approach when faced with a contract that contains an illegal provision. Under the modern approach to illegality, a contract that violates a statute may be enforceable, but not in its entirety. In *Carney v. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438, the Privy Council succinctly summarized the principles to be applied. At p. 443 of the decision, their Lordships quoted with approval the following statements made in an Australian case, *McFarlane v. Daniell* (1938), 38 S.R. 337 (N.S.W. Dist. Ct. App.), at p. 345:

When valid promises supported by legal consideration are associated with, but separate in form from, invalid promises, the test of whether they are severable is whether they are in substance so connected with the others as to form an indivisible whole which cannot be taken to pieces without altering its nature If the elimination of the invalid promises changes the extent only but not the kind of the contract, the valid promises are severable If the substantial promises were all illegal or void, merely ancillary promises would be inseverable.

Accordingly, the illegal promise may be severed from the rest of the contract, leaving the remaining promises to be enforced by the court. See G. H. L. Friedman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at pp. 441-45; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th ed. 1999), at p. 421. This has been referred to as the “blue-pencil” test, a label first used in the case of *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.).

56

In my opinion, the “blue-pencil” test is nothing more than an expression to describe the application of the severance principle. In *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (B.C.C.A.), at pp. 299-300, Hinkson J.A. referred to *Attwood v. Lamont* in

parce qu’elle était considérée dure et inéquitable dans certains cas et que son application pouvait se traduire par une rentrée inattendue pour une partie. Les tribunaux en sont venus à appliquer une approche moderne lorsqu’ils sont en présence d’un contrat comportant une clause illégale. Selon cette solution moderne à l’illégalité, un contrat qui contrevient à une loi peut être déclaré exécutoire mais non intégralement. Dans l’arrêt *Carney c. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438, le Conseil privé a résumé succinctement les principes applicables. À la page 443 de la décision, les lords juges ont cité avec approbation les observations suivantes, tirées d’une décision australienne, *McFarlane c. Daniell* (1938), 38 S.R. 337 (N.S.W. Dist. Ct. App.), p. 345 :

[TRADUCTION] Lorsque des engagements valides et accompagnés d’une contrepartie licite sont joints à des engagements invalides, mais formulés distinctement de ceux-ci, le critère permettant de décider si les premiers peuvent être dissociés des seconds consiste à se demander si, du point de vue du fond, tous ces engagements sont à ce point interreliés qu’ils forment un tout indivisible, dont les diverses parties ne peuvent être séparées sans modifier la nature de l’ensemble . . . Si la suppression des engagements invalides ne modifient que la portée du contrat, mais non sa nature, les engagements valides sont dissociables . . . Si les engagements essentiels sont tous illégaux ou nuls, les engagements qui ne sont qu’accessoires ne seraient pas dissociables.

En conséquence, l’engagement illégal peut être retranché du reste du contrat, ce qui permet au tribunal de donner force exécutoire aux autres engagements. Voir G. H. L. Friedman, *The Law of Contract in Canada* (4^e éd. 1999), p. 441-445; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4^e éd. 1999), p. 421. Cette méthode a été qualifiée de test du [TRADUCTION] « trait de crayon bleu » (« blue-pencil »), désignation utilisée pour la première fois dans l’arrêt *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.).

À mon avis, le test du « trait de crayon bleu » n’est rien de plus qu’une expression décrivant l’application du principe de la divisibilité. Dans l’arrêt *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (C.A.C.-B.), aux p. 299-300, le juge Hinkson a cité l’arrêt *Attwood c.*

which Lord Sterndale M.R. captured the essence of the applicable principle, at pp. 577-78:

I think, therefore, that it is still the law that a contract can be severed if the severed parts are independent of one another and can be severed without the severance affecting the meaning of the part remaining.

This is sometimes expressed, as in this case by the Divisional Court, by saying that the severance can be effected when the part severed can be removed by running a blue pencil through it.

Under the blue-pencil test, severance is only possible if the judge can strike out, by drawing a line through, the portion of the contract they want to remove, leaving the portions that are not tainted by illegality, without affecting the meaning of the part remaining. In other words, the offending provision must constitute a separate promise, and one that is not part of the main purport and substance of the contract. The provision must appear severable. See Fridman, *supra*, at p. 443.

The blue-pencil test has been applied several times in the context of violations of s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to strike out offending interest provisions. For example, in an earlier dealing with the application of s. 347 (then s. 305.1), *Mira Design Co. v. Seascapes Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (B.C.S.C.), at p. 105, Huddart L.J.S.C. held:

In these circumstances, and considering that the offending provisions can be deleted by striking the first proviso on p. 2 of the mortgage, the words "in the event it is paid to the Mortgagee", and "together with interest at the aforesaid rate on the principal sum of EIGHTY THOUSAND (\$80,000) DOLLARS" from the second proviso, the entire following paragraph and the words "and interest" from the covenant contained in para. A on the same page, I have concluded that the offending portions are severable in fact.

At p. 104, Huddart L.J.S.C. also described the scope and application of s. 305.1 of the *Criminal Code* as follows:

Lamont dans lequel lord Sterndale, maître des rôles, a exprimé ainsi, aux p. 577-578, l'essence du principe applicable :

[TRADUCTION] J'estime en conséquence que le droit n'a pas changé et autorise encore la divisibilité du contrat si les parties retranchées sont indépendantes des autres et peuvent être retranchées sans que soit affecté le sens des dispositions restantes.

Les tribunaux expriment parfois cette idée en disant, comme le fait la Cour divisionnaire en l'espèce, que la divisibilité peut être réalisée lorsqu'on peut supprimer la partie retranchée en la rayant d'un trait de crayon bleu.

D'après le test du trait de crayon bleu, la divisibilité peut être appliquée uniquement lorsque le juge peut retrancher, en la raturant, la partie du contrat qu'on entend supprimer, tout en conservant les parties non viciées par l'ilégalité, et ce sans que ne soit affecté le sens du reste du document. En d'autres termes, la clause illégale doit constituer un engagement distinct, qui ne soit pas partie de l'objet et de l'essence même du contrat. La clause doit paraître retranchable. Voir Fridman, *op. cit.*, p. 443.

Le test du trait de crayon bleu a été appliqué à plusieurs reprises dans le contexte de violations de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, afin de supprimer des clauses relatives à l'intérêt contraires à la loi. Par exemple, dans une des premières décisions portant sur l'application de l'art. 347 (l'art. 305.1 à l'époque), *Mira Design Co. c. Seascapes Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (C.S.-B.), la juge locale Huddart a conclu ainsi, à la p. 105 :

[TRADUCTION] Vu ces circonstances et comme les clauses illégales peuvent être éliminées en supprimant la première condition de la p. 2 du prêt hypothécaire, les passages « si la somme est payée au créancier hypothécaire » et « en plus des intérêts, au taux indiqué précédemment, sur le capital de QUATRE-VINGT MILLE (80 000 \$) DOLLARS » figurant dans la deuxième condition, le paragraphe suivant en entier et les mots « et les intérêts » dans le covenant figurant au par. A, à la même page, je conclus que les passages illégaux sont effectivement retranchables.

De plus, à la p. 104, la juge locale Huddart a décris en ces termes la portée et l'application de l'art. 305.1 du *Code criminel* :

Most Canadians would agree that the purpose of the Criminal Code is to protect the public by providing for the punishment of behaviour that Parliament considers to be against the public interest. The purpose of s. 305.1 [now s. 347] is to punish everyone who enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. It does not expressly prohibit such behaviour, nor does it declare such an agreement or arrangement to be void. The penalty is severe, and designed to deter persons from making such agreements. It replaces the Small Loans Act, which included a prohibition of such agreements and gave the court the power to reconstruct them. It is designed to protect borrowers. There is no penalty imposed on a person who makes an agreement to pay, or pays, interest at a criminal rate. It is not designed to prevent persons from entering into lending transactions *per se*. As regards subject matter, its scope and application are limited to agreements regarding interest. Moreover, to find that s. 305.1 necessarily prohibits the entering into of agreements or arrangements to receive interest at a criminal rate would be to accomplish that which Parliament has chosen not to do, or cannot do, directly.

59

Second, there is no legal or other principled reason to limit the application of the new approach endorsed by my colleague, that is notional severance, to the application of the criminal rate of interest. This means that other illegal provisions would be open to judicial redrafting. In my opinion, the availability of "notional severance" as a remedy creates greater uncertainty in the law. It is clear that both severance and notional severance alter the parties' agreement in some way. However, under the traditional severance approach, courts continue to work with the words of the parties themselves, removing only those portions of the contract that render it illegal. In stark contrast, under notional severance, courts will be permitted to literally add new words to the parties' agreement. By doing so, courts will be substituting their intentions for those of the parties. Notional severance would extend the judicial role in what I consider to be an unfortunate way. One instance, in particular, comes to mind.

[TRADUCTION] La plupart des Canadiens conviendraient que l'objet du Code criminel est de protéger le public en punissant les comportements que le législateur juge contraires à l'intérêt public. L'article 305.1 [maintenant l'art. 347] a pour objet de punir toute personne qui conclut une convention ou une entente en vue de percevoir des intérêts à un taux criminel. La disposition n'interdit pas expressément ce comportement et ne déclare pas non plus qu'une telle convention ou entente est frappée de nullité. La peine prévue est sévère et vise à décourager la conclusion de telles conventions. La disposition remplace la Loi sur les petits prêts, laquelle interdisait de telles conventions et donnait au tribunal le pouvoir de les reformuler. Elle tend à protéger les emprunteurs. Elle n'impose aucune sanction aux personnes qui paient des intérêts à un taux criminel, ou s'engagent à le faire. Elle ne vise pas à empêcher les gens de conclure des conventions de prêt en soi. Quant à l'objet de cette disposition, sa portée et son application se limitent aux ententes portant sur les intérêts. Qui plus est, le fait de conclure que l'art. 305.1 prohibe nécessairement la conclusion de conventions ou d'ententes de perception d'intérêts à un taux criminel reviendrait à faire ce que le législateur a choisi de ne pas faire ou ne peut pas faire directement.

Deuxièmement, il n'existe aucune considération juridique ou autre raison de principe justifiant d'appliquer seulement aux taux d'intérêt criminels la nouvelle démarche à laquelle a souscrit ma collègue, en l'occurrence la divisibilité fictive. Cela signifie que d'autres clauses illégales pourraient être reformulées par les tribunaux. À mon avis, la possibilité de recourir à la « divisibilité fictive » comme réparation crée une incertitude encore plus grande en droit. Il est clair que tant la divisibilité pure et simple que la divisibilité fictive ont pour effet de modifier d'une certaine manière la convention des parties. Toutefois, lorsqu'ils appliquent la divisibilité traditionnelle les tribunaux continuent de s'en tenir aux termes choisis par les parties elles-mêmes, et ils ne retranchent du contrat que les passages qui lui donnent son caractère illégal. À l'opposé, la divisibilité fictive permettra concrètement aux tribunaux d'ajouter des mots nouveaux à la convention des parties. Ce faisant, ils substitueront leur volonté à celle des parties. La divisibilité fictive élargirait le rôle des tribunaux d'une manière qui, à mon avis, serait regrettable. Un exemple précis de cela me vient à l'esprit.

In *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King, supra*, Hinkson, Lambert and Southin J.J.A. wrote three sets of concurring reasons refusing to grant an interlocutory injunction to enforce a covenant in restraint of trade. The provision of the contract in question was a non-competition clause that restrained competition in Canada and Bermuda. All three judges held that the covenant was overly broad. They refused to substitute a covenant with reasonable terms for the unreasonable provision. Lambert J.A. concluded that the authorities were clear that courts may not make contracts for parties that they have not made themselves. In his opinion, substituting the words "British Columbia and Alberta" for "Canada and Bermuda" would have rendered the term enforceable (p. 307), but that was something for the parties, not the court, to do. Under the new approach, would judges be permitted to make such substitutions in order to render the contract enforceable?

It is important to note that Lambert J.A. found, at p. 307, that the blue-pencil rule would have made no difference to his decision as he would not have been any more willing to sever a portion of the clause had it named all the provinces and territories of Canada separately, and so been amenable to the application of the blue-pencil rule. (I am not convinced under traditional severance that a court would not be permitted to strike out a number of offending provisions, or a number of provinces within a list, in order to render the contract compliant with the law. As the majority's decision preserves traditional severance as one of the remedies within the trial judge's discretion, this issue will likely be considered in a more appropriate case in the future.)

Furthermore, Lambert J.A. held that a clause, where one alternative encompasses another, would be, in his opinion, void for uncertainty and should not be made valid by severance. For example, a contract containing a covenant not to compete: (1) in

Dans l'arrêt *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King*, précité, les juges Hinkson, Lambert et Southin ont, dans des opinions individuelles, refusé d'accorder une injonction interlocutoire qui aurait forcé les intéressés à respecter une clause restreignant la liberté de commerce. La stipulation du contrat en question était une clause de non-concurrence interdisant à certaines personnes d'exercer leurs activités au Canada et aux Bermudes. Les trois juges ont estimé que cette clause avait une portée trop large. Ils ont refusé de remplacer cette clause déraisonnable par des termes raisonnables. Le juge Lambert a conclu que la jurisprudence indiquait clairement que les tribunaux ne peuvent établir, pour les parties, des contrats dont celles-ci n'ont pas elles-mêmes convenu. À son avis, substituer les mots [TRADUCTION] « Colombie-Britannique et Alberta » aux mots « Canada et Bermudes » aurait rendu la clause exécutoire (p. 307), mais il appartenait aux parties, et non au tribunal, de prendre une telle mesure. En vertu de la nouvelle méthode, les juges seraient-ils autorisés à faire de telles substitutions afin de donner force exécutoire au contrat?

Il importe de souligner que, à la même page, le juge Lambert a également conclu que la règle du trait de crayon bleu n'aurait rien changé à sa décision, car il n'aurait pas été davantage disposé à retrancher quelque partie que ce soit de cette clause, même si celle-ci avait distinctement énuméré chaque province et territoire du Canada et se serait ainsi prêtée à l'application de la règle susmentionnée. (Je ne suis pas convaincu qu'un tribunal ne pourrait pas, en application de la divisibilité traditionnelle, biffer certaines clauses illégales, ou encore un certain nombre de provinces figurant dans une liste, afin de rendre le contrat conforme à la loi. Comme la décision des juges majoritaires maintient la divisibilité traditionnelle comme réparation relevant du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, cette question sera probablement examinée un jour dans une instance plus appropriée.)

En outre, le juge Lambert s'est dit d'avis qu'une clause prévoyant une solution en englobant une autre serait nulle pour cause d'incertitude et ne devrait pas être validée par l'application de la divisibilité. Par exemple, un contrat comportant une

Ottawa, and (2) in the rest of Ontario, might be valid as to Ottawa, but overbroad, and therefore wholly invalid, as to Ontario. Including the two promises within the same contract renders the whole clause invalid. In Lambert J.A.'s opinion, the only point on which the covenant is clear is that the covenant is to cover at least Ottawa. But the parties could have simply stated that. Again, under the approach adopted by my colleague, could a court rewrite the second clause to read, for example, "in the rest of northeastern Ontario", so that it no longer constitutes an illegal restraint of trade?

63 Third, in my view, the approach taken by the majority in this case is inconsistent with that taken in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112. In *Garland*, this Court interpreted the definition of interest broadly in order to prevent creditors from avoiding the statute by manipulating the form in which payments are to be made. At paras. 27-28, Major J. wrote:

It is apparent from this definition that for the purposes of s. 347 "interest" is an extremely comprehensive term, encompassing many types of fixed payments which would not be considered interest proper at common law or under general accounting principles. . . .

. . . The broad language of s. 347 was presumably intended . . . to prevent creditors from avoiding the statute simply by manipulating the form of payment exacted from their debtors . . . It is the substance, and not merely the form, of a charge or expense which determines whether it is governed by s. 347.

64 Under my colleague's approach, a creditor would be permitted to escape the consequences of its avoidance measures by simply reducing the rate applied to the maximum permitted under the *Criminal Code*. In my opinion, this approach is inconsistent with the general objectives expressed in the *Code* and incompatible with the notion of deterrence. It is a criminal offence for any lender, even a commercial creditor, to enter into a loan agreement providing for

clause par laquelle l'intéressé s'engage à ne pas faire de concurrence (1) à Ottawa et (2) dans le reste de l'Ontario pourrait être valide dans le cas d'Ottawa, mais trop large et, partant, entièrement invalide pour ce qui concerne l'Ontario. La stipulation des deux engagements dans le même contrat invalide toute la clause. Selon le juge Lambert, le seul élément qui ressort nettement de la clause restrictive est qu'elle est valide au moins à Ottawa. Mais les parties auraient pu simplement dire cela. Ici aussi, est-ce que selon la méthode adoptée par ma collègue, le tribunal pourrait, par exemple, reformuler ainsi la deuxième clause, « dans le reste du nord-est de l'Ontario », pour qu'elle ne constitue plus une restriction illégale à la liberté de commerce?

Troisièmement, je suis d'avis que l'analyse adoptée par les juges majoritaires en l'espèce est incompatible avec celle retenue dans l'affaire *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112. Dans cet arrêt, notre Cour a interprété largement la définition d'intérêt afin d'empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant la forme des paiements. Le juge Major a écrit ceci, aux par. 27-28 :

Il ressort de cette définition que, pour les fins de l'art. 347, l'« intérêt » est un terme qui a un sens très large et qui désigne de nombreux types de paiements fixes qui ne seraient pas considérés comme un intérêt proprement dit en common law ou selon des principes comptables généraux. . . .

. . . Le texte général de l'art. 347 visait probablement . . . à empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant simplement la forme du paiement exigé de leurs débiteurs . . . C'est la nature, et non seulement la forme, des frais qui détermine s'ils sont régis par l'art. 347.

La démarche retenue par ma collègue permettrait au créancier d'échapper aux conséquences des mesures qu'il a prises pour contourner la loi simplement en réduisant le taux d'intérêt au taux maximum permis par le *Code criminel*. À mon avis, cette analyse est incompatible avec les objectifs généraux énoncés dans le *Code* et avec l'idée de dissuasion. Tout prêteur, même un créancier commercial, commet une infraction criminelle lorsqu'il

an effective interest rate greater than 60 percent per annum. And, as Rosenberg J.A. remarked, at para. 31, of the majority reasons of the Court of Appeal ((2002), 60 O.R. (3d) 97) to permit a notional severance of the kind ordered by the application judge is to effect a substantial innovation in the common law doctrine of severance to the benefit of those who *prima facie* stand in violation of the criminal law.

It is also important to note that this Court has developed a method for determining whether, as a matter of principle, a departure from well-established precedent is warranted. I canvassed the relevant factors in *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 43, as follows:

In the recent case of *Robinson [R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683], Lamer C.J., for a majority of the Court, relied on five factors to justify the reversal of an earlier decision of the Court in *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330. These factors were the existence of previous dissenting opinions in this Court, a trend in the provincial appellate courts to depart from the principles adopted in the original decision, criticism of the case or the adoption of a contrary rule in other jurisdictions, doctrinal criticism of the case and its foundations, and inconsistency of the case with other decisions. While they are not prerequisites for a change in the common law, these factors help to identify compelling reasons for reform. On the other hand, courts will not intervene where the proposed change will have complex and far-reaching effects, setting the law on an unknown course whose ramifications cannot be accurately measured: see *Bow Valley [Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210], at para. 93.

In my opinion, there do not appear to be compelling reasons to depart from the lower courts' and Privy Council's well-established precedent.

My colleague has provided a comprehensive summary of the facts in issue. In my opinion, the finding by the trial judge that there was no criminal intent should not cloud our analysis. Knowledge is not a requirement under the provision. Indeed, as

conclut une convention de prêt fixant un taux d'intérêt effectif annuel supérieur à 60 pour 100. En outre, comme l'indiquait le juge Rosenberg pour la majorité ((2002), 60 O.R. (3d) 97, par. 31), le fait d'autoriser la sorte de divisibilité fictive ordonnée par le juge de première instance revient à apporter à la doctrine de la divisibilité prévue par la common law une innovation substantielle en faveur de personnes qui, à première vue, contreviennent au droit criminel.

Il importe également de souligner que notre Cour a élaboré une méthode pour déterminer si des raisons de principe justifient d'écartier une jurisprudence bien établie. Dans l'arrêt *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, j'ai fait état des facteurs pertinents à cet égard, au par. 43 :

Récemment, dans l'affaire *Robinson [R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683], le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom des juges majoritaires de notre Cour, s'est fondé sur cinq facteurs pour justifier la décision d'écartier l'arrêt antérieur de notre Cour *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330. Ces facteurs étaient l'existence d'opinions dissidentes exprimées antérieurement au sein de notre Cour, la constatation d'une tendance parmi les cours d'appel provinciales à s'écartier des principes adoptés dans l'arrêt en question, les critiques formulées à l'égard de cet arrêt ou l'adoption d'une règle contraire dans d'autres pays, la critique de cet arrêt et de ses fondements dans la doctrine, ainsi que l'incompatibilité de cet arrêt avec d'autres décisions. Bien que ces facteurs ne soient pas des préalables à la modification de la common law, ils permettent néanmoins de constater l'existence de motifs de réforme convaincants. Par ailleurs, les tribunaux n'interviendront pas lorsque la modification proposée aurait des effets complexes et d'une grande portée, qui placerait le droit sur une trajectoire inconnue dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précision : voir *Bow Valley [Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210], au par. 93.

Ici, il ne semble y avoir aucune raison impérieuse d'écartier la jurisprudence établie par les tribunaux inférieurs et par le Conseil privé.

Ma collègue a fait un résumé complet des faits de l'espèce. À mon avis, la conclusion du juge de première instance selon laquelle il y avait absence d'intention criminelle ne doit pas influencer notre analyse. En effet, la disposition n'exige pas que

noted by Rosenberg J.A., at para. 15 of the majority reasons of the Court of Appeal, the typical case is one where the parties do not intend to violate the criminal law and occupy relatively equal bargaining positions.

67 Also, while legal advice will almost certainly be helpful, parties cannot rely on such advice to excuse themselves from non-compliance with the law. Here, advice was given on the specific interest clause only, that the interest was 48 percent, and that advice was wrong. Neither party was advised by its solicitor of the scope of s. 347 of the *Criminal Code* (see appellant's factum, at para. 5; respondent's factum, at para. 1). Contracting parties should consider all of the provisions in the agreement when determining the total interest charged.

68 I would like to conclude by drawing attention to clause 9.1 of the accounts receivable factoring agreement which reflects the parties' own intentions as to remedy (see tab 4 of the respondent's record). Clause 9.1 reads as follows:

9.1 Severability. If any provision of this Agreement is deemed by a court having jurisdiction to be wholly or partially invalid, this Agreement shall be interpreted as if such provision had not been part of this Agreement, and so that the validity of such provision shall not affect the validity of the remainder of this Agreement which shall be construed as if this Agreement had been executed without such provision.

69 At the hearing of the appeal in this Court, counsel for the appellant submitted that "this severance provision really doesn't apply to the interest rate provision that is in effect in this case which is found in a separate document which was in the commitment letter". Counsel conceded however that clause 9.1 "reflects an intention that if, to the extent that a provision is tainted by illegality, it will not render the contract invalid, and this clause applies to the extent that notional severance is not effected" (emphasis added). The underlined caveat is, of course, incompatible with the plain meaning of clause 9.1 and unsupported by the record.

l'infraction ait été commise sciemment. De fait, comme l'a souligné le juge Rosenberg dans l'opinion majoritaire, au par. 15, en général dans les affaires de ce genre les parties n'entendaient pas contrevenir au droit criminel et ont négocié d'égale à égale.

De plus, bien que le fait d'avoir obtenu des conseils juridiques sera certainement utile, les parties ne peuvent invoquer ces conseils pour justifier leur inobservation de la loi. En l'espèce, l'opinion obtenue ne portait que sur la clause même traitant des intérêts et disait que leur taux s'élevait à 48 pour 100; mais cette opinion était erronée. Aucune des parties n'a été informée de la portée de l'art. 347 du *Code criminel* (voir le par. 5 du mémoire de l'appelante et le par. 1 de celui de l'intimée). Les parties contractantes doivent tenir compte de toutes les clauses de la convention lorsqu'elles calculent l'intérêt total demandé.

J'aimerais conclure en m'arrêtant sur la clause 9.1 de la convention d'affacturage, qui reflète l'intention des parties en ce qui a trait à la réparation (voir l'onglet 4 du mémoire de l'intimée). La classe 9.1 est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] **9.1 Divisibilité de la convention.** Si un tribunal compétent déclare l'une quelconque des clauses de la présente convention totalement ou partiellement invalide, cette clause est considérée comme n'ayant jamais fait partie de la convention, de sorte que sa validité n'a aucune incidence sur celle des autres clauses de la convention, laquelle est considérée comme ayant été signée sans la clause en question.

Durant l'audition du pourvoi devant notre Cour, l'avocat de l'appelante a plaidé que [TRADUCTION] « cette clause de divisibilité ne s'applique pas réellement à la clause relative au taux d'intérêt en vigueur dans la présente affaire, que l'on trouve dans un document distinct dans la lettre d'engagement ». Toutefois, l'avocat a concédé que la clause 9.1 [TRADUCTION] « reflète l'intention qu'une clause entachée d'ilégalité ne rende pas le contrat invalide, et que cette clause s'applique dans la mesure où on n'a pas recours à la divisibilité fictive » (je souligne). La réserve soulignée dans l'extrait qui précède est évidemment incompatible avec le sens évident de la clause 9.1 et elle n'est pas étayée par le dossier.

In any event, the commitment letter referred to by counsel is dated March 6, 2000, and the factoring agreement that contains clause 9.1 indicates that it was executed as of March 30, 2000. And, significantly, the commitment letter and the factoring agreement provide for the same royalty payment of \$160,000, the same monitoring fee of \$750 per month, and the same standby fee of 1 percent per month.

A letter sent from the appellant's solicitor to the respondent is instructive in this regard. As the trial judge explains, at paras 4-5 of his reasons ((2001), 54 O.R. (3d) 144):

Although a factoring agreement, promissory note and general security agreement were executed on — or as of — March 30, 2000, the parties had already agreed to depart from the provisions of the first of these documents. On March 28, 2000, the respondent's solicitor wrote to the solicitor acting for the applicant and the Dragosits:

Further to our conversation of March 27, 2000, I confirm on behalf of my client that as an economic accommodation to your client, the administration of the factoring facility will not strictly follow the provisions of the factoring agreement, unless my client elects to exercise its rights under that agreement. It is anticipated that your client will draw the full amount of the facility and pay interest, fees and royalties as they are set out in the commitment letter. Please note that the interest rate [is] 48 (per cent) per annum.

In consequence, the concept of a factoring of receivables was put aside and replaced by a revolving credit facility secured on the current assets of the applicant including its accounts receivable. Each of the Dragosits signed a personal guarantee for the entire \$500,000. [Emphasis added.]

In these circumstances, I am not persuaded that clause 9.1 of the factoring agreement was in any way overtaken by the commitment letter dated earlier. While certain aspects of the financial arrangement were governed by the commitment letter alone, it is apparent from the letter sent by appellant's solicitor that the provisions of the factoring agreement were still very much alive.

Quoi qu'il en soit, la lettre d'engagement mentionnée par l'avocat est datée du 6 mars 2000 et la convention d'affacturage où figure la clause 9.1 porte l'indication qu'elle a été faite le 30 mars 2000. De plus, fait significatif, les lettre et convention susmentionnées prévoient la même redevance de 160 000 \$, les mêmes frais de surveillance de 750 \$ par mois et le même droit d'usage de 1 pour 100 par mois.

Une lettre expédiée à l'intimée par l'avocat de l'appelante est instructive à cet égard. Comme l'explique le juge de première instance, aux par. 4 et 5 de ses motifs ((2001), 54 O.R. (3d) 144) :

[TRADUCTION] Bien qu'une convention d'affacturage, un billet et une convention générale de garantie aient été établis le — ou vers le — 30 mars 2000, les parties avaient déjà convenu de ne pas s'en tenir aux clauses du premier document susmentionné. Le 28 mars 2000, l'avocat de l'intimée a écrit à celui qui représentait la requérante et les Dragosits :

Pour donner suite à notre conversation du 27 mars 2000, je vous confirme de la part de ma cliente que, à titre d'arrangement financier avec votre cliente, l'administration des facilités d'affacturage ne se fera pas strictement selon les clauses de la convention d'affacturage, à moins que ma cliente ne choisisse d'exercer les droits que lui accorde cette convention. Il est prévu que votre cliente utilisera le montant total de ce crédit et paiera les intérêts, droits, commissions, frais honoraires et redevances énoncés dans la lettre d'engagement. Veuillez prendre note que le taux d'intérêt est 48 (pour cent) par année.

En conséquence, l'idée d'affacturage a été écartée et remplacée par une facilité de crédit renouvelable garantie par les éléments d'actif de la demanderesse, y compris ses comptes recevables. Chacun des Dragosits a signé une garantie personnelle pour la somme complète de 500 000 \$. [Je souligne.]

Dans ces circonstances, je ne suis pas convaincu que la clause 9.1 de la convention d'affacturage devait céder le pas à la lettre d'engagement portant une date antérieure. Bien que certains aspects des arrangements financiers fussent régis uniquement par la lettre d'engagement, il ressort clairement de la lettre expédiée par l'avocat de l'appelante que les modalités de la convention d'affacturage continuaient encore de s'appliquer.

73 A plain reading of the clause indicates that, should a term of the agreement between the parties be “deemed . . . wholly or partially invalid”, the parties intended their agreement to be “construed as if this Agreement had been executed without [the offending] provision”. I cannot see how the wording of the clause can be said to anticipate — still less, to provide for — notional severance.

74 Bearing in mind the plain meaning of clause 9.1, counsel’s concession as to the intention of the parties and the letter sent by the appellant’s solicitor to the respondent on March 28, 2000 — three weeks after the commitment letter, on which the appellant relies, was signed, I feel bound to conclude that the blue-pencil approach adopted by the Court of Appeal is entirely consistent with the parties’ own intentions and that notional severance is not.

75 In light of this consideration, I respectfully disagree with my colleague that reducing, or effectively rewriting, the rate of interest to the legally prescribed rate of 60 percent would show more respect for the sanctity of the bargain between the parties. It appears from clause 9.1 that the parties turned their minds to this very issue and agreed that, in the event of a court declaring a provision in the contract invalid, the agreement shall be interpreted, not redrafted, as if that provision was not part of the contract.

76 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Deschamps and Fish JJ. were delivered by

77 **FISH J. (dissenting)** — With respect for the contrary view of Justice Arbour, I would, like Justice Bastarache and for the reasons that follow, dismiss the appeal with costs.

I

78 We are concerned in this case with the civil consequences of a serious violation of the criminal law of Canada.

La simple lecture de la clause indique que, si une condition de la convention liant les parties était [TRADUCTION] « déclarée [. . .] totalement ou partiellement invalide », les parties entendaient que la convention soit « considérée comme ayant été signée sans la clause [illégale] ». Je ne vois pas comment on pourrait affirmer que cette clause envisageait le recours à la divisibilité fictive — et encore moins qu’elle pourvoyait à son application.

Gardant à l’esprit le sens clair de la clause 9.1, la concession de l’avocat quant à l’intention des parties et la lettre expédiée par l’avocat de l’appelante à l’intimée le 28 mars 2000 — trois semaines après la signature de la lettre d’engagement sur laquelle s’appuie l’appelante —, j’estime devoir conclure que la technique du trait de crayon bleu adoptée par la Cour d’appel est tout à fait compatible avec l’intention des parties, mais que la divisibilité fictive ne l’est pas.

Vu cette constatation, je ne peux me rallier à l’avis de ma collègue que le fait de réduire le taux stipulé au taux de 60 pour 100 prescrit par la loi, ou concrètement de reformuler le taux d’intérêt convenu, respecte davantage le caractère sacré du marché intervenu entre les parties. La clause 9.1 tend à indiquer que les parties se sont penchées sur cette question et ont convenu que si un tribunal déclarait invalide une des clauses de la convention, elles ne reformuleraient pas celle-ci mais considéreraient plutôt que la clause en question n’en faisait pas partie.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident) — Avec égards pour l’opinion contraire exprimée par la juge Arbour, je suis d’avis, tout comme le juge Bastarache et pour les motifs suivants, de rejeter le pourvoi avec dépens.

I

Le présent pourvoi porte sur les conséquences civiles d’une violation grave du droit criminel canadien.

Section 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that it is a criminal offence to charge or agree to receive "interest at a criminal rate", which is defined as interest that exceeds 60 percent per annum. I consider the violation in this case to be serious because the appellant charged the respondent an effective interest rate of more than 90 percent.

I recognize that the law of equity is not a closed-end list of off-the-shelf remedies. Like the majority in the Court of Appeal, however, I do not believe this case required a new and novel prescription to ensure a fair and reasonable solution. The well-established "blue-pencil" remedy described by my colleagues and applied in the Court of Appeal respects the trial judge's findings of fact, as it must, and achieves an equitable result consistent with established principle.

Finally, I agree with the majority in the Court of Appeal that the trial judge erred in straining the recognized rules of equity by resorting to what he described as "notional severance". In different circumstances, his fresh and creative approach might well prove appropriate. That would be so where notional severance is necessary to resolve a private dispute fairly and in a manner that is not incompatible with the social and legal objectives of the criminal law — which, in my respectful view, is not the case here.

II

The appellant made a commercial loan to the respondent at a "criminal rate" within the meaning of s. 347 of the *Criminal Code*. Pursuant to that provision, as I have mentioned, anything over 60 percent per annum is, as a matter of law, a "criminal rate".

The loan in this case was made at an effective annual rate of 90.9 percent, or 150 percent of the legal maximum.

Aux termes de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, commet une infraction criminelle, quiconque impose ou accepte de percevoir « des intérêts à un taux criminel », lequel est défini comme étant un taux d'intérêt annuel qui dépasse 60 pour 100. J'estime que nous sommes en présence d'une violation grave, car l'appelante a imposé à l'intimée un taux d'intérêt effectif supérieur à 90 pour 100.

Je reconnais que les règles d'équité ne constituent pas une liste exhaustive de réparations toutes faites. À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, cependant, je ne crois pas qu'une réparation nouvelle et originale s'imposait en l'espèce pour apporter une solution juste et raisonnable au litige. La réparation bien établie du [TRADUCTION] « trait de crayon bleu » (« *blue-pencil* »), décrite par mes collègues et appliquée par la Cour d'appel, respecte comme il se doit les conclusions de fait du juge de première instance et produit un résultat équitable, en harmonie avec les principes reconnus.

Enfin, je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle le juge de première instance a à tort forcé les règles d'équité reconnues en utilisant ce qu'il a appelé la [TRADUCTION] « divisibilité fictive » (« *notional severance* »). Dans d'autres circonstances, son approche originale et créative pourrait fort bien se révéler appropriée. Ce serait le cas, par exemple, lorsque l'application de la divisibilité fictive est nécessaire pour trancher un litige privé d'une manière équitable et non incompatible avec les objectifs sociaux et juridiques du droit criminel — situation différente, à mon humble avis, de celle dont nous sommes ici saisis.

II

L'appelante a consenti à l'intimée un prêt à un « taux criminel » au sens de l'art. 347 du *Code criminel*. Comme je l'ai mentionné précédemment, selon cette disposition tout taux d'intérêt annuel supérieur à 60 pour 100 constitue en droit un « taux criminel ».

En l'espèce, le prêt a été consenti au taux annuel effectif de 90,9 pour 100, soit 150 pour 100 du maximum autorisé par la loi.

84 There were two components to the interest charged.

85 The first provided for interest at four percent per month, calculated daily, payable monthly in arrears. Appellant's solicitor, without intending to mislead, erroneously advised respondent's solicitor "that the interest rate [was] 48 (per cent) per annum". It was in fact 60.1 percent, a criminal rate in itself.

86 The second component consisted in various charges that, taken together, increased the effective annual interest rate from 60.1 percent to 90.9 percent.

87 These facts are not in dispute.

88 Moreover, the appellant, though it did so at the outset, no longer contests: (1) that the rate stipulated as interest was a "criminal rate" within the meaning of s. 347 of the *Criminal Code*; and (2) that the additional charges I have mentioned fall within the definition of "interest" in s. 347. And it is common ground that s. 347 applies to the kind of commercial loan that concerns us here.

89 Two defining features of the impugned loan agreement must therefore be borne in mind from the outset. First, that we are not dealing in this case with a contract that violates civil, commercial or regulatory legislation, but rather with an agreement that violates the *Criminal Code* of Canada; and second, that the effective interest rate under that contract amounts to more than one-and-a-half times the threshold criminal rate, and does not exceed it barely, slightly, or by only 0.1 percent.

90 The trial judge found that the appellant did not intend to breach s. 347 of the *Criminal Code*. This was therefore, in his view, a case for severance of the illegal provisions in the contract.

91 It is important to remember that only one provision of the contract was illegal in itself: the provision which charges interest at the criminally prohibited

L'intérêt à payer comportait deux éléments.

Le premier était constitué d'intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance. L'avocat de l'appelante a mentionné par écrit à l'avocat de l'intimée, erronément — mais sans intention de tromper —, [TRADUCTION] « que le taux d'intérêt [s'élevait à] 48 (pour cent) par année », alors qu'il s'élevait en réalité à 60,1 pour 100, un taux criminel en soi.

Le deuxième élément était composé de frais divers qui, considérés globalement, faisaient grimper le taux d'intérêt annuel effectif de 60,1 pour 100 à 90,9 pour 100.

Ces faits ne sont pas contestés.

De plus, bien qu'elle ait contesté ces points au départ, l'appelante reconnaît maintenant (1) que le taux d'intérêt prévu constituait un « taux criminel » au sens de l'art. 347 du *Code criminel* et (2) que les frais additionnels dont j'ai fait état plus tôt sont visés par la définition d'« intérêt » à l'art. 347. En outre, il est établi que l'art. 347 s'applique au genre de prêt commercial qui nous intéresse en l'espèce.

Il importe donc, d'entrée de jeu, de retenir deux caractéristiques déterminantes du contrat de prêt. Premièrement, nous ne sommes pas en présence d'un contrat enfreignant une disposition législative de nature civile, commerciale ou réglementaire, mais plutôt d'une convention contrevenant au *Code criminel* du Canada; deuxièmement, le taux d'intérêt effectif stipulé correspond à plus d'une fois et demie le taux criminel minimal, et il ne le dépasse pas qu'à peine, légèrement ou de 0,1 pour 100 seulement.

Le juge du procès a conclu que l'appelante n'avait pas eu l'intention d'enfreindre l'art. 347 du *Code criminel*. Le retranchement des clauses illégales du contrat était donc, à son avis, la solution qui s'imposait en l'espèce.

Il est important de se rappeler qu'une seule des clauses du contrat était illégale en soi: la stipulation fixant l'intérêt au taux criminellement interdit de

rate of 60.1 percent. The other charges, included in the definition of interest set out in s. 347, were separately set out in the agreement and not stipulated as interest.

Had the trial judge severed the interest clause and left the other charges intact, his decision would have fallen within the bounds of his discretion.

He declined, however, to do so.

Instead, he applied a new and novel remedy that he described as “notional severance”, rewriting the interest clause so as to yield, when added to the other charges, a cumulative, effective interest rate of 60 percent — the very threshold of the criminal rate prohibited by s. 347 of the *Code*.

In the Court of Appeal for Ontario, the majority found that the trial judge had erred in “straining” the law in this way. The appellant had charged the respondent a criminal rate of interest far exceeding the limit established by Parliament, and the Court of Appeal found it inappropriate, as a matter of legal principle and judicial policy, to bend or extend the equitable remedy of severance in order to secure for the appellant the maximum rate of interest it could have recovered had it not violated the law.

Bearing in mind the trial judge’s findings of fact and applying the recognized blue-pencil approach, the Court of Appeal instead severed the criminal rate agreed to by the parties as interest and permitted the appellant to recover the separately stipulated charges, which left in place an effective interest rate of just over 30 percent.

The decisive question in this Court is whether the Court of Appeal erred in law in concluding as it did.

I would answer that question in the negative.

60,1 pour 100. Les autres frais, qui sont également visés par la définition d’intérêt énoncée à l’art. 347, étaient mentionnés séparément dans la convention qui ne stipulait pas qu’ils constituaient de l’intérêt.

Si le premier juge avait retranché la clause relative à l’intérêt et qu’il avait laissé celles visant les autres frais intactes, sa décision aurait respecté les limites de son pouvoir discrétionnaire.

Il a toutefois refusé d’agir ainsi.

Il a plutôt appliqué une réparation nouvelle et originale, qu’il a appelée « divisibilité fictive » et au moyen de laquelle il a reformulé la clause relative à l’intérêt pour obtenir, une fois les autres frais pris en compte, un taux cumulatif d’intérêt effectif de 60 pour 100 — limite même passée laquelle un taux d’intérêt devient un taux criminel interdit par l’art. 347 du *Code*.

En Cour d’appel de l’Ontario, la majorité a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en [TRADUCTION] « forçant » ainsi la portée du droit applicable pertinent. Comme l’appelante avait imposé à la défenderesse un taux d’intérêt criminel dépassant largement la limite établie par le législateur, la Cour d’appel a estimé qu’il ne connaît pas, en tant que principe juridique et politique judiciaire, de dénaturer ou d’élargir la réparation en equity que constitue la divisibilité pour accorder à l’appelante le taux d’intérêt le plus élevé qu’elle aurait pu obtenir si elle n’avait pas enfreint la loi.

Gardant à l’esprit les conclusions de fait du premier juge et appliquant la méthode reconnue du trait de crayon bleu, la Cour d’appel a plutôt retranché le taux d’intérêt criminel convenu par les parties au titre des intérêts, et elle a permis à l’appelante d’obtenir paiement des frais précisés dans des clauses distinctes, ce qui a eu pour effet de maintenir un taux d’intérêt effectif légèrement supérieur à 30 pour 100.

Devant notre Cour, la question déterminante consiste à décider si la Cour d’appel a commis une erreur de droit en retenant cette solution.

Je répondrais à cette question par la négative.

III

99 Without so deciding, I am prepared for present purposes to agree with Arbour J., at para. 5, that “notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347” of the *Criminal Code*.

100 Even on that assumption, however, I would permit notional severance only where: (1) public policy does not require that the entire agreement be declared unenforceable; (2) severance is found to be warranted; and (3) severance *simpliciter* — or “blue-pencil severance” — is impracticable or would occasion an unjust result.

101 Here, on the facts as found by the trial judge, the first two criteria are satisfied but the third is not: blue-pencil severance is both possible and fair. And, unlike notional severance as applied by the trial judge, blue-pencil severance does not do violence to the policy purposes of s. 347 of the *Criminal Code* or require a judicial rewriting of the interest clause agreed to, as such, by the parties.

102 Section 347(1) of the *Code* provides that everyone who

- (a) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or
- (b) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,

is guilty of

- (c) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or
- (d) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

III

Sans pour autant conclure en ce sens, je suis disposé, pour les besoins du présent pourvoi, à me ralier à l’opinion exprimée par la juge Arbour, au par. 5, où elle dit « que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l’art. 347 » du *Code criminel*.

Même en acceptant cette hypothèse, toutefois, je n’autoriserais l’application de la divisibilité fictive que dans les cas où les conditions suivantes sont réunies : (1) aucune raison d’ordre public ne requiert que l’accord au complet soit déclaré inexécutoire; (2) la divisibilité est jugée justifiée; (3) la divisibilité pure et simple — ou [TRADUCTION] « divisibilité au moyen du trait de crayon bleu » — n’est pas faisable ou produirait un résultat injuste.

En l’espèce, à la lumière des faits constatés par le juge du procès, les deux premières conditions sont respectées, mais la troisième ne l’est pas : la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu est une solution à la fois possible et juste. Qui plus est, contrairement à la méthode de la divisibilité fictive, telle qu’elle a été appliquée par le juge de première instance, la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu ne fait pas violence aux objectifs d’intérêt général visés par l’art. 347 du *Code criminel* ni ne requiert du tribunal qu’il réécrire la clause relative aux intérêts dont ont convenu, en tant que telle, les parties.

Le paragraphe 347(1) du *Code* dispose que qui-conque selon le cas :

- a) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;
- b) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,

est coupable:

- c) soit d’un acte criminel et possible d’un emprisonnement maximal de cinq ans;
- d) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et possible d’une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d’un emprisonnement maximal de six mois, ou de l’une de ces peines.

And s. 347(2) provides:

(2) In this section,

. . .

“criminal rate” means an effective annual rate of interest calculated in accordance with generally accepted actuarial practices and principles that exceeds sixty per cent on the credit advanced under an agreement or arrangement;

As consideration for its loan to the respondent, in addition to the interest stipulated as interest, the appellant, as already mentioned, charged various other amounts that constituted interest called by another name. As noted by Arbour J., it is undisputed that those charges fall squarely with the definition of “interest” set out in s. 347(2) of the *Criminal Code*. Together, they added 30.8 percent to the 60.1 percent expressly contemplated by the agreement.

The trial judge found as a fact that the appellant, in charging the respondent an effective interest rate of 90.9 percent per annum, did not intend to breach the provisions of s. 347. His conclusion in this regard should not be misunderstood: an intent to breach the section is not an essential element of the offence.

There is no doubt, moreover, that the appellant was perfectly aware of the stipulated rate of interest (though perhaps not of its actuarial quantification) and was aware of all the other charges that, as a matter of law, constitute interest as well.

As I said earlier, I am prepared to assume for present purposes that notional severance is a remedy known to law, but would permit its application in cases involving a breach of the criminal law only where severance is nonetheless warranted as a matter of equity and severance *simpliciter* is impracticable or would create an unjust result.

L’expression « taux criminel » est définie ainsi au par. 347(2) :

(2) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

. . .

« taux criminel » Tout taux d’intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse soixante pour cent.

En contrepartie du prêt qu’elle a consenti à l’intimée, l’appelante a, comme je l’ai mentionné plus tôt, exigé en sus des intérêts désignés comme tels dans le contrat divers autres frais qui constituaient de l’intérêt mais étaient qualifiés autrement. Comme le dit la juge Arbour, il est incontestable que ces frais correspondent exactement à la définition du terme « intérêt » énoncée au par. 347(2) du *Code criminel*. Ensemble, ils majoraient de 30,8 pour 100 le taux de 60,1 pour 100 expressément prévu par l’accord.

Le juge du procès a tiré la conclusion de fait selon laquelle l’appelante, en exigeant de l’intimée un taux d’intérêt annuel effectif de 90,9 pour 100, n’avait pas eu l’intention d’enfreindre les dispositions de l’art. 347. Il ne faut pas mal interpréter sa conclusion à cet égard : l’intention d’enfreindre cette disposition ne constitue pas un élément essentiel de l’infraction.

En outre, il est certain que l’appelante était parfaitement au fait du taux d’intérêt stipulé (même si elle ignorait peut-être sa valeur actuarielle) et elle était également au fait de tous les autres frais qui, en droit, constituent eux aussi de l’intérêt.

Comme je l’ai dit précédemment, je suis disposé à accepter, pour les besoins du présent pourvoi, que la divisibilité fictive est une réparation reconnue en droit, mais je n’autoriserais son application à l’égard des violations du droit criminel que dans les cas où la divisibilité est néanmoins justifiée en equity et où la divisibilité pure et simple n’est pas faisable ou produirait un résultat injuste.

103

104

105

106

107

- 108 The question, then, is whether this is such a case.
- 109 With the greatest of respect, I am persuaded that it is not, essentially for the reasons set out by Rosenberg J.A., speaking for the majority in the Ontario Court of Appeal ((2002), 60 O.R. (3d) 97, at paras. 31-35):

It is a criminal offence for any lender, even a commercial creditor, to enter into a loan agreement providing for an effective interest rate greater than 60 per cent per annum. And to permit a notional severance of the kind ordered by the application judge is to effect a substantial innovation in the common law doctrine of severance. While the common law develops over time, it would be inconsistent with the aims of deterrence for the courts to make such a major innovation at the behest of those who *prima facie* stand in violation of the criminal law. As Huddart J. [now J.A.] said in *Pacific National Developments [Ltd. v. Standard Trust Co.]* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 158 (S.C.), at p. 163 . . . : "It is not for the courts either to strain to find ways in which to avoid the application of the *Criminal Code*, or to assist those who strain to do so, although it is for the courts to interpret strictly penal provisions of statutes".

Il s'agit donc de décider si nous sommes en présence d'un tel cas.

En toute déférence, je suis convaincu que non, essentiellement pour les raisons exprimées par le juge Rosenberg, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ((2002), 60 O.R. (3d) 97, par. 31-35) :

[TRADUCTION] Commet une infraction criminelle tout prêteur, même un créancier commercial, qui conclut une convention de prêt prévoyant un taux d'intérêt annuel effectif supérieur à 60 pour 100. Et autoriser le genre de divisibilité fictive ordonnée par le juge de première instance constitue une innovation substantielle dans la doctrine de la divisibilité fictive en common law. Certes, la common law évolue avec le temps, mais les tribunaux iraient à l'encontre des objectifs de dissuasion s'ils apportaient une telle innovation en faveur de personnes qui, à première vue, ont enfreint le droit criminel. Comme l'a indiqué la juge Huddart [maintenant juge à la Cour d'appel] dans l'affaire *Pacific National Developments [Ltd. c. Standard Trust Co.]* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 158 (C.S.),] à la p. 163 [. . .] : « Il n'appartient pas aux tribunaux de s'efforcer de trouver des moyens d'éviter l'application du *Code criminel*, ni d'aider ceux qui cherchent à le faire, quoiqu'il leur incombe d'interpréter strictement les dispositions législatives pénales ».

I agree with the British Columbia Court of Appeal in *Terracan, supra*, that a judge has discretion to apply the doctrine of severance to an agreement that offends the criminal interest rate provisions of the Code. This discretion gives rise to a spectrum of available remedies. Where the loan transaction resembles a traditional loan sharking arrangement, the court may refuse to apply the doctrine of severance and hold the entire loan agreement unenforceable, including the obligation to repay the principal. While this remedy leaves the borrower with a windfall, this result may be justified in some cases by the need to denounce such usurious practices. See *C.A.P.S. International Inc. v. Kotello*, [2002] M.J. No. 205 [(QL)] (Q.B.). At the other end of the spectrum, in the case of a good faith commercial transaction where the equities favour the lender and severance does not undermine the policy of the legislation, the court may sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 per cent, leaving intact the borrower's obligation to repay the principal and pay some interest. See e.g., *Milani, supra*. Closer to the centre of the spectrum lies a case like *Terracan*,

À l'instar de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Terracan*, précité, j'estime que les juges disposent du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour appliquer la doctrine de la divisibilité à une convention qui contrevient aux dispositions du Code relatives au taux d'intérêt criminel. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire donne naissance à un spectre de réparations à la disposition des tribunaux. Lorsque le prêt ressemble à un arrangement classique de prêt usuraire, le tribunal peut refuser d'appliquer la doctrine de la divisibilité et déclarer l'ensemble de la convention de prêt inexécutoire, y compris l'obligation de rembourser le capital. Bien que cette réparation procure un profit inattendu à l'emprunteur, une telle solution peut parfois être justifiée par la nécessité de dénoncer de telles pratiques usuraires. Voir *C.A.P.S. International Inc. c. Kotello*, [2002] M.J. n° 205 [(QL)] (B.R.). À l'autre extrémité du spectre, dans le cas d'une opération commerciale conclue de bonne foi, où les principes d'équité favorisent le prêteur et où la divisibilité ne compromet pas l'objectif de politique générale visé par la loi, le tribunal a la faculté de retrancher uniquement les clauses

where the court severed all the interest provisions but upheld the debtor's obligation to repay the principal.

Where does the present case fit on the spectrum? The application judge concluded, and I have accepted, that the equities favour the lender. His reasons make it clear that if he had concluded that notional severance was not available, he would have severed the provision calling for payment of an interest rate of 4 per cent per month calculated daily, payable monthly in arrears. I agree that this is the appropriate remedy.

In this case there are at least two distinct covenants that can be traced back to the negotiations leading to the agreement. As indicated, the respondent initially wanted an equity interest in the appellant's business. This is the source of the royalty payments. The other covenant was the more conventional agreement with respect to interest. In my view, it is possible to sever one or both in a manner consistent with the established principles respecting severance. The 4 per cent per month interest provision must be severed because it violates s. 347 of the *Criminal Code*. I see no justification for trying to save that provision simply because it only barely exceeds 60 per cent. The respondent is an experienced commercial lender. It misled the appellant, albeit unintentionally, when its solicitor referred to the interest rate as merely 48 per cent. The appellant has not shown that the other fees and charges such as the commitment fee and monitoring fee are clearly part of the interest rate payment and accordingly they should not be severed.

I agree with Rosenberg J.A.'s analysis and would add these additional considerations.

The first relates to the appellant's purported good faith. As I understand it, this refers to:

- (1) the trial judge's finding that the appellant did not intend to breach s. 347, in the sense that the appellant appears not to have realized that its

de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, sans toucher à l'obligation de l'emprunteur de rembourser le capital et de payer une certaine somme au titre des intérêts. Voir, par exemple, l'arrêt *Milani*, précité. Plus près du centre du spectre, on trouve une affaire comme *Terracan*, où le tribunal a retranché toutes les clauses relatives à l'intérêt mais a confirmé l'obligation du débiteur de rembourser le capital.

Où se situe la présente affaire sur ce spectre? Le juge de première instance a conclu — conclusion à laquelle je souscris — que les principes d'équity favorisent le prêteur. Il ressort clairement de ses motifs que, s'il avait jugé qu'il n'y avait pas ouverture à la divisibilité fictive, il aurait retranché la clause qui exige le paiement d'intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance. Je suis d'avis qu'il s'agit là de la réparation appropriée.

En l'espèce, il existe au moins deux clauses distinctes dont les origines remontent aux négociations ayant abouti à la convention. Comme il a été indiqué plus tôt, la défenderesse voulait au départ obtenir une participation dans l'entreprise de l'appelante. C'est ce qui a amené le paiement de redevances. L'autre clause était l'arrangement, plus traditionnel, concernant l'intérêt. À mon avis, il est possible de retrancher l'une d'elles, ou les deux, d'une manière qui respecte les principes bien établis en matière de divisibilité. La clause fixant à 4 pour 100 le taux d'intérêt mensuel doit être retranchée, parce qu'elle contrevient à l'art. 347 du *Code criminel*. Je ne vois aucune raison d'essayer de sauvegarder cette clause simplement parce qu'elle ne dépasse que légèrement 60 pour 100. La défenderesse est une société prêteuse expérimentée. Bien qu'elle n'en ait pas eu l'intention, elle a induit l'appelante en erreur lorsque son avocat a indiqué que le taux d'intérêt n'était que de 48 pour 100. L'appelante n'a pas démontré que les droits, honoraires et autres frais, par exemple la commission d'engagement et les frais de surveillance, font clairement partie du taux d'intérêt à percevoir et il n'y a donc pas lieu de les retrancher.

Je souscris à l'analyse du juge Rosenberg et j'y ajouterais les considérations suivantes.

La première se rapporte à la présumée bonne foi de l'appelante. Si je comprends bien, cette bonne foi ressortirait des éléments suivants :

- (1) la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelante n'avait pas l'intention de violer l'art. 347, en ce sens qu'elle

110

111

otherwise well-understood charges violated the *Criminal Code*; and

- (2) the fact that the separate and distinct charges which added just over 30 percent per annum to the stipulated rate of interest were not known by the appellant to constitute interest within the meaning of s. 347(2) of the *Code*.

112 I accept that neither the appellant nor the respondent thought of the added charges as interest.

113 On this assumption, it appears to me neither “artificial” nor “arbitrary” to sever the criminal rate of interest agreed to as interest and to leave intact the distinct and separate charges not agreed to as interest, and not considered to be interest by either party.

114 This solution responds adequately to the policy concerns expressed by the majority in the Court of Appeal. Unlike notional severance, it requires no judicial rewriting of the interest clause agreed to as such by the parties. And it still leaves the appellant with a return of slightly more than 30 percent per annum.

IV

115 Arbour J. concludes that the four factors set out by Blair J.A. in *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.), favour severance in this case. I agree. That is why I would affirm the judgment of the Court of Appeal.

116 But the more difficult question is whether these four factors favour notional severance as opposed to the established blue-pencil form of severance contemplated by Blair J.A. in *Thomson*. In my respectful view, they do not.

117 The first consideration or factor is whether the purpose and policy of s. 347 of the *Criminal Code*

semble ne pas s’être rendue compte que les frais, qui étaient par ailleurs bien compris par tous les intéressés, contrevenaient au *Code criminel*;

- (2) le fait que l’appelante ignorait que les frais distincts, qui majoraient d’un peu plus de 30 pour 100 le taux d’intérêt annuel stipulé dans la convention, constituaient de l’intérêt au sens de ce terme au par. 347(2) du *Code*.

J’accepte que ni l’appelante ni l’intimée ne considéraient les frais additionnels comme de l’intérêt.

Suivant ce raisonnement, il ne m’apparaît ni « artificiel » ni « arbitraire » de retrancher le taux d’intérêt criminel, convenu au titre de l’intérêt, et de maintenir les frais distincts, non stipulés comme de l’intérêt et non considérés comme de l’intérêt par l’une ou l’autre des parties.

Cette solution répond adéquatement aux considérations de politique générale mentionnées par les juges de la Cour d’appel. Contrairement à la divisibilité fictive, cette solution n’oblige pas le tribunal à réécrire la clause relative aux intérêts dont ont expressément convenu les parties. Elle permet également à l’appelante d’obtenir un rendement légèrement supérieur à 30 pour 100 par année.

IV

La juge Arbour a conclu que les quatre facteurs énumérés par le juge Blair dans l’arrêt *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.), militent en faveur de la divisibilité en l’espèce. Je partage cette opinion. Voilà pourquoi je confirmerais l’arrêt de la Cour d’appel.

Toutefois, il reste encore la question plus difficile de savoir si ces quatre facteurs militent en faveur de l’application de la divisibilité fictive plutôt que de la technique de divisibilité au moyen du trait de crayon bleu envisagée par le juge Blair dans l’arrêt *Thomson*. En toute déférence, je répondrais à cette question par la négative.

Le premier élément ou facteur consiste à se demander si l’objectif et la politique générale visés

would be better served by severance *simpliciter* or by notional severance.

In support of her conclusion, on this branch of the matter, Arbour J. cites at para. 43, an article in which Professor Ziegel explains his objections to s. 347 (J. S. Ziegel, "Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 188). On the issue that concerns us here, however, Professor Ziegel elsewhere states:

So far as the interest component is concerned, obviously the lender cannot recover that part of it which exceeds 60%. But can he recover the first 60%? In my view, the answer should be no, and this on two grounds. First, it is unlikely that the contract itself will distinguish between the two interest components. There is therefore no basis on which to apply the doctrine of severance. The second reason is that severance would undermine the policy of s. 305.1 [now s. 347] (even if one believes, as the writer does, that it is a bad policy) and encourage lenders to run calculated risks, secure in the knowledge that they would only lose that part of the interest which exceeds 60%. [Emphasis added.]

(J. S. Ziegel, "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 233, at p. 242)

Professor Ziegel's first reason is of limited application here, since the parties did distinguish between the two components of the illegal interest rate. Moreover, there is a sound basis for distinguishing between them: the first, agreed to by the parties as interest, itself exceeds the limit, albeit narrowly, while the second was not considered by the parties to be part of the interest rate, though s. 347 gives it that effect.

Professor Ziegel's second reason, which I share, clearly militates in favour of blue-pencil severance, the solution adopted by the majority in the Court of Appeal, and against "notional severance", which the trial judge applied in awarding the appellant interest at the threshold of the criminal rate.

par l'art. 347 du *Code criminel* seraient mieux servis par la divisibilité pure et simple ou par la divisibilité fictive.

Pour étayer sa conclusion sur ce volet, la juge Arbour cite, au par. 43, un article dans lequel le professeur Ziegel explique ses réserves à l'égard de l'art. 347 (J. S. Ziegel, « Bill C-44 : Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law » (1981), 59 *R. du B. can.* 188). Sur la question qui nous intéresse en l'espèce, toutefois, le professeur Ziegel dit ceci dans un autre article :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les intérêts, il est évident que le prêteur ne peut obtenir paiement de la partie qui excède 60%. Peut-il toutefois obtenir 60%? À mon avis, il faut répondre par la négative, et ce pour deux raisons. Premièrement, il est peu probable que le contrat prévoit une distinction entre les deux éléments de l'intérêt. En conséquence, l'application de la théorie de la divisibilité ne repose sur aucune assise. Deuxièmement, la divisibilité pourrait nuire à la politique générale visée par l'art. 305.1 [maintenant l'art. 347] (même si certains, dont l'auteur, estiment qu'il s'agit d'une mauvaise politique) et pourrait inciter les prêteurs à prendre des risques calculés, étant certains qu'ils ne perdraient que la partie des intérêts excédant 60%. [Je souligne.]

(J. S. Ziegel, « The Usury Provisions in the Criminal Code : The Chickens Come Home to Roost » (1986), 11 *Rev. can. dr. comm.* 233, p. 242)

La première raison donnée par le professeur Ziegel n'a qu'une application restreinte en l'espèce, puisque les parties ont effectivement distingué les deux éléments du taux d'intérêt illégal. En outre, la distinction repose sur des motifs valables : le premier élément — dont ont convenu les parties en tant qu'intérêt — excède lui-même légèrement la limite prévue, alors que le second n'était pas considéré par les parties comme faisant partie du taux d'intérêt, bien que l'art. 347 lui donne cet effet.

La deuxième raison donnée par le professeur Ziegel, à laquelle je souscris, milite clairement en faveur de la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu (« *blue-pencil severance* ») — la solution retenue par les juges majoritaires de la Cour d'appel — et contre la « divisibilité fictive », la solution qu'a appliquée le juge du procès en accordant à l'appelante des intérêts frôlant le taux criminel.

- 121 I agree with Arbour J. that the second consideration — whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention — in this case favours a flexible remedy. That objective, however, is satisfied by severing the interest clause and leaving the other charges intact, since this requires the respondent to pay, and allows the appellant to receive, an effective interest rate of more than 30 percent on the commercial loan that was the object of their agreement.
- 122 This remedy certainly differs from — but is no less “flexible” — than the remedy conceived by the trial judge.
- 123 Had there been only an effective interest rate of 60.1 percent — and not a cumulative effective rate of 90.9 percent — it might have been desirable, I concede, not to sever the interest clause entirely. But that was not the case here.
- 124 The third consideration relates to the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement.
- 125 In this regard, it is true that the respondent had the advice of a solicitor and does not appear to have been a naive or inexperienced victim of misunderstanding. But a commercial borrower who agrees, for lack of an alternative source of financing, to pay an effective interest rate of 90.9 percent per annum — many times the normal commercial rate — and to provide personal guarantees for the loan, can hardly be said to have bargaining power equal to that of the lender.
- 126 I turn now to the fourth consideration, relating to the potential for unjust enrichment or, in the words of Arbour J., an “unjustified windfall” (para. 42).
- 127 Unlike Arbour J., I do not consider that the respondent can be said to be unjustly enriched if it is relieved by a court of law of its contractual
- À l'instar de la juge Arbour, j'estime que la deuxième considération — la question de savoir si les parties ont conclu une convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante — milite en l'espèce en faveur de l'application d'une réparation souple. Toutefois, il est possible d'atteindre ce but en retranchant la clause relative à l'intérêt et en laissant intactes celles concernant les autres frais, puisque cette solution permet à l'appelante de percevoir, tout en obligeant l'intimée à payer, un taux d'intérêt effectif supérieur à 30 pour 100 à l'égard du prêt commercial qui était l'objet de l'accord entre les parties.
- Certes, cette réparation est différente — bien qu'elle soit tout aussi « souple » — que celle conçue par le juge du procès.
- Si on avait été en présence d'un taux d'intérêt effectif de 60,1 pour 100 seulement, et non d'un taux d'intérêt effectif cumulatif de 90,9 pour 100, il aurait pu être souhaitable, je l'admet, de ne pas retrancher en entier la clause relative à l'intérêt. Mais ce n'était pas le cas en l'espèce.
- La troisième considération concerne le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations.
- Sur ce point, il est vrai que l'intimée a obtenu les conseils d'un avocat et ne semble pas être la victime naïve ou inexpérimentée d'un malentendu. Néanmoins, il est difficile d'affirmer que l'emprunteur commercial qui, en l'absence d'autres sources de financement, accepte de payer un taux d'intérêt annuel effectif de 90,9 pour 100 — taux bien des fois supérieur au taux commercial normal —, et de fournir des garanties personnelles à l'égard de l'emprunt, a un pouvoir de négociation équivalent à celui du prêteur.
- Je vais maintenant examiner la quatrième considération, qui concerne la possibilité d'enrichissement injuste ou, pour reprendre les mots de la juge Arbour, d'un « profit injustifié » (par. 42).
- Contrairement à la juge Arbour, je ne crois pas qu'il soit possible de dire que l'intimée s'enrichit injustement parce que le tribunal la dégage de son

undertaking to pay a criminal rate of interest where, as here, it is required at the same time to pay an effective annual rate of more than 30 percent and to repay the principal as well — in full.

In short, it appears to me that all four considerations identified by Blair J.A. in *Thomson, supra*, examined individually and weighed together, militate here in favour of the remedy applied by the Court of Appeal and against the remedy adopted by the trial judge.

Accordingly, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in substituting for the criminal rate of interest charged by the appellant to the respondent the highest rate the appellant could otherwise have charged.

And, like the Court of Appeal, I see no basis in the established rules of equity that would permit the trial judge to rewrite the illegal interest clause agreed to by the parties in this way. It should simply have been struck out on the accepted blue-pencil approach.

The effect of the trial judge's decision was to stretch the principles of equity in an inappropriate way and to send the wrong message to those who lend money at a criminally prohibited rate to "willing" borrowers who cannot otherwise obtain a loan.

They should not be encouraged to believe that if their illegal arrangement is subjected to judicial scrutiny, they will nonetheless recover the highest rate they could legally have charged — and thus suffer no pecuniary disadvantage for having violated s. 347 of the *Criminal Code*.

V

As mentioned at the outset, I have assumed for the purposes of this appeal the correctness of Arbour J.'s premise that "notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347" of the *Criminal Code*.

engagement contractuel de payer un taux d'intérêt criminel si, comme en l'espèce, il l'oblige en même temps à payer un taux d'intérêt annuel effectif supérieur à 30 pour 100 et à rembourser le capital — en entier.

Bref, il me semble que, examinées individuellement et appréciées globalement, les quatre considérations énoncées par le juge Blair dans l'arrêt *Thomson*, précité, militent en l'espèce en faveur de la réparation appliquée par la Cour d'appel et contre celle retenue par le juge de première instance.

Je partage donc l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le premier juge a commis une erreur en remplaçant le taux d'intérêt criminel demandé par l'appelante à l'intimée par le taux le plus élevé que l'appelante aurait par ailleurs pu exiger.

De plus, tout comme la Cour d'appel, je ne peux trouver dans les règles d'équity reconnues aucun fondement autorisant le juge de première instance à réécrire de la sorte la clause illégale relative aux intérêts dont ont convenu les parties. Cette clause aurait simplement dû être biffée au moyen de la méthode reconnue du trait de crayon bleu.

La décision du juge du procès a eu pour effet de forcer indûment les principes d'équity et d'envoyer un message inapproprié à ceux qui prêtent de l'argent à un taux interdit par le droit criminel à des emprunteurs « consentants », qui ne peuvent emprunter auprès de personne d'autre.

Il ne faudrait pas laisser croire aux prêteurs que, même si leurs arrangements illégaux sont contrôlés par les tribunaux, ils pourront néanmoins obtenir le taux le plus élevé qu'ils auraient pu légalement imposer — et éviter en conséquence tout désavantage financier susceptible de découler de leur contravention à l'art. 347 du *Code criminel*.

V

Comme je l'ai dit au départ, j'ai tenu pour acquis en l'espèce le bien-fondé de la prémissse de la juge Arbour selon laquelle « les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347 » du *Code criminel*.

128

129

130

131

132

133

134 On this assumption, I would apply notional severance to cases involving a breach of the *Criminal Code* only where severance does no violence to public policy interests, is found to be warranted as a matter of equity, and severance *simpliciter* is impracticable or, though possible, would create an unjust result.

135 For all of these reasons and, to the extent that they are not incompatible, the reasons of Bastarache J., I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, BASTARACHE, DESCHAMPS and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Solicitors for the respondent: Ackerman Law Office, Toronto.

Conformément à cette hypothèse, j'appliquerais la divisibilité fictive aux seuls cas de violation du *Code criminel* où cette méthode ne fait pas violence à des considérations d'ordre public, où elle est justifiée par les principes d'équité et où la divisibilité pure et simple est irréalisable ou, bien que réalisable, produirait un résultat injuste.

Pour tous ces motifs et, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles, pour ceux exposés par le juge Bastarache, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Ackerman Law Office, Toronto.

9050-3400 Québec Inc. Appellant*v.***Riverin, Girard & Associés Inc. and
Lloyd's of London Respondents****INDEXED AS: 9050-3400 QUÉBEC INC. v. RIVERIN,
GIRARD & ASSOCIÉS INC.****Neutral citation: 2004 SCC 8.**

File No.: 29515.

2004: February 17.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Insurance — Damage insurance — Insurance policy purchased by hypothecary debtor — Subrogation clause providing that insurer was subrogated to rights of hypothecary creditor against debtor or owner against whom it claimed to be entitled to raise ground of non-warranty — Whether art. 2474 of Civil Code of Québec precludes conventional subrogation of insurer to rights of hypothecary creditor against its debtor.

Cases Cited

Applied: *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2474.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] R.J.Q. 3030, [2002] Q.J. No. 4748 (QL), setting aside a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

Damien Larouche, for the appellant.

Frédéric Boily and Claude Voyer, for the respondents.

9050-3400 Québec inc. Appelante*c.***Riverin, Girard & Associés inc. et
Lloyd's of London Intimées****RÉPERTORIÉ : 9050-3400 QUÉBEC INC. c. RIVERIN,
GIRARD & ASSOCIÉS INC.****Référence neutre : 2004 CSC 8.**

Nº du greffe : 29515.

2004 : 17 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurances — Assurances de dommage — Police d'assurance souscrite par un débiteur hypothécaire — Clause de subrogation prévoyant que l'assureur est subrogé dans les droits du créancier hypothécaire contre le débiteur ou propriétaire auquel il se croit justifié d'opposer un motif de non-garantie — L'article 2474 du Code civil du Québec fait-il obstacle à la subrogation conventionnelle de l'assureur dans les droits du créancier hypothécaire à l'égard de son débiteur?

Jurisprudence

Arrêt suivi : *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2474.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] R.J.Q. 3030, [2002] J.Q. n° 4748 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Damien Larouche, pour l'appelante.

Frédéric Boily et Claude Voyer, pour les intimées.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

1

LEBEL J. — Despite the arguments put forward by counsel for the appellant, the appeal cannot succeed. In the circumstances of this case, as was held by the Quebec Court of Appeal, art. 2474 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, does not preclude the conventional subrogation of the insurer to the rights of the hypothecary creditor against its debtor, in light particularly of the principles laid down by this Court in *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995. The subrogation was obtained pursuant to a hypothecary clause that was a separate contract. The debtor could thus not be regarded as the insured within the meaning of this separate contract or, consequently, within the meaning of art. 2474 of the *Civil Code of Québec*. Furthermore, the appellant's motion to cancel the hypothec as presented did not permit an adjudication of the issues relating to the insured's claim that the insurance indemnity was payable, to the existence of an intentional fault on the part of the insured or to the right of the respondents to be reimbursed for the amounts paid to the hypothecary creditor. These issues will have to be dealt with during the trial to be held before the Quebec Superior Court. If the insurers fail in their attempt to establish the intentional fault of the appellant, then acquittance and release will have to be given with respect to all registrations entered in the land registers pertaining to the subrogation and the hypothecary debt it covered.

2

For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Larouche & Girard, Chibougamau.

Solicitors for the respondents: Bouchard, Voyer, Boily, Dolbeau-Mistassini.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LeBEL — Malgré l'argumentation présentée par l'avocat de l'appelante, le pourvoi de cette dernière ne saurait réussir. Dans les circonstances de cette affaire, comme l'a décidé la Cour d'appel du Québec, l'art. 2474 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, ne fait pas obstacle à la subrogation conventionnelle de l'assureur dans les droits du créancier hypothécaire à l'égard de sa débitrice, en raison notamment des principes posés par notre Cour dans l'arrêt *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995. En effet, la subrogation a été obtenue en vertu d'une clause hypothécaire qui constituait un contrat distinct. La débitrice ne pouvait alors être considérée comme l'assurée au sens de ce contrat distinct ni, en conséquence, au sens de l'art. 2474 du *Code civil du Québec*. Par ailleurs, telle qu'elle était présentée, la requête en radiation d'hypothèque de l'appelante ne permettait pas de régler les questions relatives à l'exigibilité de l'indemnité d'assurance réclamée par l'assurée, à l'existence d'une faute intentionnelle de celle-ci ni au droit des intimées d'obtenir le remboursement des sommes versées au créancier hypothécaire. Le débat au sujet de ces problèmes devra se dérouler dans le cadre du procès prévu devant la Cour supérieure du Québec. Si les assureurs échouent dans leur tentative d'établir la faute intentionnelle de l'appelante, il s'ensuit que quitance et mainlevée devront être données à l'égard de toutes les inscriptions portées aux registres immobiliers relativement à la subrogation intervenue et à la créance hypothécaire qu'elle visait.

Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Larouche & Girard, Chibougamau.

Procureurs des intimées : Bouchard, Voyer, Boily, Dolbeau-Mistassini.

Jane Hamilton Appellant

v.

Open Window Bakery Limited Respondent

INDEXED AS: HAMILTON v. OPEN WINDOW BAKERY LTD.

Neutral citation: 2004 SCC 9.

File No.: 29225.

Hearing and judgment: November 13, 2003.

Reasons delivered: February 19, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Repudiation — Damages — Approach to assessing damages for breach of contract with alternative modes of performance.

Costs — Scale — Variation of scale by appellate court — Elements required for appellate court to set aside or vary award of costs.

The parties had entered into a 36-month contract which provided for termination by the respondent: (1) for cause “without notice or other act if . . . the [appellant] acts in a manner . . . detrimental to [the respondent’s] reputation and well being”; or (2) by the exercise of an unconditional right to terminate the contract on three months’ notice “effective after the commencement of the [contract’s] 19th month”. The respondent repudiated the contract pursuant to the first clause and later pursuant to the second. The trial judge held that the respondent had wrongfully repudiated the contract and awarded damages reflecting the payments that would have been made under the full 36-month term of the contract, less an allowance of 25 per cent to reflect the possibility that the respondent might have validly exercised its right to terminate the contract with notice at some later time. He ordered the respondent to pay the appellant’s costs on a party-and-party scale to a certain date and on a solicitor-and-client scale from that date forward. A majority at the Court of Appeal held that the early termination clause with three months’ notice constituted both the minimum guaranteed benefits under the contract and the respondent’s maximum exposure for damages. The damages award was

Jane Hamilton Appelante

c.

Open Window Bakery Limited Intimée

RÉPERTORIÉ : HAMILTON c. OPEN WINDOW BAKERY LTD.

Référence neutre : 2004 CSC 9.

N° du greffe : 29225.

Audition et jugement: 13 novembre 2003.

Motifs déposés : 19 février 2004.

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

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

Contrats — Résiliation — Dommages-intérêts — Méthode de calcul des dommages-intérêts pour inexécution d'un contrat prévoyant différents modes d'exécution.

Dépens — Base de calcul — Cour d'appel modifiant la base de calcul — Éléments requis pour qu'une cour d'appel annule ou modifie une attribution de dépens.

Les parties avaient conclu un contrat d'une durée de 36 mois qui prévoyait que l'intimée pourrait le résilier : (1) « sans donner de préavis ni prendre aucune autre mesure si [...] [l'appelante] agi[ssait] d'une manière dommageable pour la réputation et la prospérité » de l'intimée, ou (2) grâce à un droit absolu de résiliation exercé en donnant un préavis de trois mois « à compter du 19^e mois de la durée prévue du contrat ». L'intimée a résilié le contrat conformément à la première clause et, par la suite, conformément à la deuxième clause. Le juge de première instance a conclu à la résiliation fautive du contrat par l'intimée et a accordé des dommages-intérêts correspondant aux versements qui auraient été effectués pendant toute la durée de 36 mois du contrat, moins 25 pour 100 afin de refléter la possibilité que l'intimée aurait éventuellement eue d'exercer d'une manière valide son droit de résilier le contrat en donnant un préavis. Il a ordonné à l'intimée de payer les dépens de l'appelante sur la base partie-partie jusqu'à une certaine date, et sur la base avocat-client après cette date. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont statué que la clause autorisant la résiliation anticipée du contrat, moyennant un préavis de trois mois, constituait à la fois l'avantage minimum

reduced accordingly and the costs order was varied by reducing the award of costs on a solicitor-and-client scale to costs on a party-and-party scale.

Held: The appeal should be dismissed on the issue of damages and allowed only on the issue of costs.

Where a contract might be performed in several ways, the mode which is the least profitable to the plaintiff, and the least burdensome to the defendant, is adopted. The test is not how the defendant would likely have performed his or her obligations under the contract but for his or her repudiation. The non-breaching party need not be restored to the position it would likely have been in but for the repudiation but rather to the position it would have been in had the contract been performed. A factual inquiry to determine an estimated cost of the various means of performance may be required but was not necessary here.

A costs award should be set aside on appeal only if the trial judge made an error in principle or if the costs award was plainly wrong. The trial judge's costs order was restored as neither condition was met here.

Cases Cited

Referred to: *Cockburn v. Alexander* (1848), 6 C.B. 791; *Park v. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107; *Aldo Ippolito & Co. v. Canada Packers Inc.* (1986), 57 O.R. (2d) 65; *Lavarack v. Woods of Colchester Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 278; *The "World Navigator"*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 23; *Western Oil & Fuel Co. v. Kemp*, 245 F.2d 633 (1957); *Stewart v. Cran-Vela Rental Co.*, 510 F.2d 982 (1975); *Withers v. General Theatre Corp.*, [1933] 2 K.B. 536; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Duong v. NN Life Insurance Co. of Canada* (2001), 141 O.A.C. 307.

Authors Cited

American Jurisprudence, vol. 22, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1988.
American Law Institute. Restatement (Second) of Contracts, vol. 3. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1981.
Fleming, John G. The Law of Torts, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.

garanti par le contrat et le risque maximal auquel l'intimée était exposée au chapitre des dommages-intérêts. La cour a donc réduit en conséquence le montant de dommages-intérêts accordé et a modifié l'ordonnance relative aux dépens, en ramenant à des dépens partie-parte les dépens avocat-client.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté relativement aux dommages-intérêts et accueilli uniquement en ce qui concerne la question des dépens.

Lorsqu'il existe plusieurs modes d'exécution d'un contrat, le mode choisi doit être celui qui est le moins avantageux pour le demandeur et le moins onéreux pour le défendeur. Le critère applicable ne consiste pas à se demander comment la défenderesse aurait vraisemblablement exécuté ses obligations contractuelles si elle n'avait pas résilié le contrat. Il est nécessaire non pas de placer la partie innocente dans la situation où elle se serait vraisemblablement trouvée n'eût été la résiliation, mais plutôt de la placer dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté. En l'espèce, il n'était pas nécessaire de procéder à l'examen des faits qui peut être requis pour établir le coût estimatif des différents modes d'exécution.

L'attribution de dépens ne doit être annulée en appel que si le juge de première instance a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée. L'ordonnance du juge de première instance relative aux dépens est rétablie étant donné que ni l'une ni l'autre condition n'est remplie en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Cockburn c. Alexander* (1848), 6 C.B. 791; *Park c. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107; *Aldo Ippolito & Co. c. Canada Packers Inc.* (1986), 57 O.R. (2d) 65; *Lavarack c. Woods of Colchester Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 278; *The «World Navigator»*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 23; *Western Oil & Fuel Co. c. Kemp*, 245 F.2d 633 (1957); *Stewart c. Cran-Vela Rental Co.*, 510 F.2d 982 (1975); *Withers c. General Theatre Corp.*, [1933] 2 K.B. 536; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Duong c. NN Life Insurance Co. of Canada* (2001), 141 O.A.C. 307.

Doctrine citée

American Jurisprudence, vol. 22, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1988.
American Law Institute. Restatement (Second) of Contracts, vol. 3. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1981.
Fleming, John G. The Law of Torts, 9th ed. Sydney : LBC Information Services, 1998.

- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002.
- Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 7th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2001.
- Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2003).
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 2003.
- Williston, Samuel. *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 11, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Mount Kisco, N.Y.: Baker, Voorhis, 1968.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 58 O.R. (3d) 767, 211 D.L.R. (4th) 443, 157 O.A.C. 222, [2002] O.J. No. 1228 (QL), reversing a judgment of the Superior Court of Justice, [2000] O.J. No. 5004 (QL). Appeal dismissed on the issue of damages. Appeal allowed on the issue of costs.

Susan J. Heakes and Tiffany Little, for the appellant.

Paul Gemmink, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Facts and Overview

This case requires us to determine the appropriate approach to assessing damages for the breach of a contract with alternative modes of performance.

The appellant, Jane Hamilton, entered into a contract with Open Window Bakery Limited (“OWB”) for a term of 36 months. By its terms, Hamilton was to be an exclusive agent for the marketing and sale of OWB’s baked goods in Japan.

The contract provided that OWB could terminate the agreement in several ways, two of which are apposite to this appeal. First, OWB could terminate the contract “without notice or other act if . . . the Agent acts in a manner which is detrimental to

- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2002.
- Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. London : Sweet & Maxwell, 1996.
- Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 6^e éd. Markham, Ont. : Butterworths, 2001.
- Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2003).
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto : Canada Law Book, 2003.
- Williston, Samuel. *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 11, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Mount Kisco, N.Y. : Baker, Voorhis, 1968.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 767, 211 D.L.R. (4th) 443, 157 O.A.C. 222, [2002] O.J. No. 1228 (QL), infirmant un jugement de la Cour supérieure de justice, [2000] O.J. No. 5004 (QL). Pourvoi rejeté relativement aux dommages-intérêts. Pourvoi accueilli relativement aux dépens.

Susan J. Heakes et Tiffany Little, pour l’appelante.

Paul Gemmink, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ARBOUR —

I. Aperçu des faits

Il nous faut, en l’espèce, déterminer la méthode appropriée de calcul des dommages-intérêts pour inexécution d’un contrat prévoyant différents modes d’exécution.

L’appelante, Jane Hamilton, a conclu un contrat d’une durée de 36 mois avec Open Window Bakery Limited (« OWB »). Ce contrat stipulait que M^{me} Hamilton serait l’agente exclusive de commercialisation au Japon des produits de boulangerie d’OWB.

Le contrat prévoyait la possibilité pour OWB de le résilier de plusieurs façons, dont deux sont pertinentes en l’espèce. Premièrement, OWB pourrait résilier le contrat [TRADUCTION] « sans donner de préavis ni prendre aucune autre mesure

1

2

3

the reputation and well being" of OWB. Second, the contract granted OWB the unconditional right to terminate the contract "with notice to the Agent effective after the commencement of the 19th month of the term herein, on three (3) months notice".

4 Approximately 16 months later, OWB repudiated the contract. In a letter of termination addressed to Hamilton, dated May 19, 1998, OWB made two allegations in support of the termination. The first allegation was that Hamilton behaved in a manner "detrimental to the reputation and well being" of OWB by deliberately falsifying ingredient lists in omitting sugar on shipments of bagels to Japan (sugar content was an important factor in the assessment of Japanese import tariffs). The second allegation was that Hamilton disclosed pricing and other confidential information to an employee of one of Japan's largest food retailers (who also was an employee of the Japanese External Trade Organization) in violation of the contract's confidentiality clause. The letter stated that Hamilton's termination was "effective immediately".

5 In the letter, OWB claimed entitlement to a return of all commission advances paid (but not yet earned) and denied any further obligation to pay commissions or to reimburse Hamilton for expenses. The letter stated that OWB would not pursue the return of commission advances already paid if Hamilton did not legally challenge her termination.

6 OWB sent a subsequent letter of termination dated August 5, 1998. This letter was motivated by OWB's desire to rely upon the clause in the agreement which provided for early termination with notice in the event its earlier termination was successfully challenged by Hamilton.

7 Hamilton subsequently commenced an action against OWB and its chief executive officer, Gail Agasi, in the Ontario Superior Court of Justice. OWB counterclaimed against Hamilton. At the

si [...] l'agent agi[ssait] d'une manière dommageable pour la réputation et la prospérité » d'OWB. Deuxièmement, le contrat accordait à OWB un droit absolu de résiliation [TRADUCTION] « en donnant à l'agent un préavis de trois (3) mois, à compter du 19^e mois de la durée prévue du contrat ».

Environ 16 mois plus tard, OWB a résilié le contrat. Dans la lettre de résiliation adressée à M^{me} Hamilton le 19 mai 1998, OWB prétendait avoir deux raisons de résilier le contrat. Elle a d'abord allégué que M^{me} Hamilton avait adopté un comportement [TRADUCTION] « dommageable pour la réputation et la prospérité » d'OWB, lequel comportement avait consisté à falsifier délibérément les listes d'ingrédients en omettant d'y inscrire le sucre contenu dans les bagels expédiés au Japon (la teneur en sucre était un élément important dans le calcul des droits d'importation appliqués par le Japon). Elle a ensuite allégué que M^{me} Hamilton avait contrevenu à la clause de confidentialité du contrat en divulguant les prix et d'autres renseignements confidentiels à un employé de l'une des plus grandes chaînes de magasins d'alimentation du Japon (qui travaillait également pour l'Organisation japonaise du commerce extérieur). La lettre précisait que la résiliation du contrat était [TRADUCTION] « immédiate ».

OWB a prétendu, dans sa lettre, qu'elle avait droit au remboursement de toutes les avances consenties pour des commissions non encore gagnées, ajoutant qu'elle n'était plus tenue de verser des commissions à M^{me} Hamilton ni de lui rembourser ses dépenses. La lettre expliquait qu'OWB n'exigerait pas le remboursement des avances sur commission déjà versées si M^{me} Hamilton ne contestait pas la résiliation en justice.

OWB a envoyé une autre lettre de résiliation datée, cette fois, du 5 août 1998. OWB voulait ainsi faire part de sa volonté de recourir à la clause contractuelle autorisant la résiliation anticipée avec préavis, si jamais M^{me} Hamilton contestait avec succès la première résiliation.

Madame Hamilton a subséquemment intenté, contre OWB et sa directrice générale Gail Agasi, une action devant la Cour supérieure de l'Ontario. OWB a déposé une demande reconventionnelle

outset of the trial the action against Agasi was dismissed on consent, as was the counterclaim. The matter proceeded as an action for general damages in breach of contract against OWB. The trial judge, Wilkins J., held that OWB wrongfully repudiated the contract and awarded damages reflecting the payments that would have been made under the full 36-month term of the contract, less an allowance of 25 percent: [2000] O.J. No. 5004 (QL). The discount reflected the possibility that OWB might at some later point have validly exercised its right to terminate the contract with notice.

In addition to the damages award, Wilkins J. ordered OWB to pay Hamilton's costs on a party-and-party scale up to October 30, 2000 and from that date forward on a solicitor-and-client scale. Wilkins J. held that costs on a solicitor-and-client scale were appropriate for several reasons. OWB defended the action on the "most serious" and "narrow" basis that Hamilton had behaved dishonestly. OWB failed to demonstrate on a balance of probabilities that Hamilton had in fact been dishonest. OWB persisted in its allegations of dishonesty even after October 30, 2000, at which time pre-trial production and discovery had been completed. By that date, Wilkins J. held that OWB had access to information sufficient to conclude that Hamilton had not behaved dishonestly or fraudulently. OWB appealed.

Simmons J.A. for the majority at the Court of Appeal for Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 767 (Goudge J.A. dissenting), held that the early termination clause with three months' notice constituted the minimum guaranteed benefits under the contract. As such, in the court's opinion, it also constituted OWB's maximum exposure for damages. The damages award was reduced accordingly. Simmons J.A. also varied the costs order of Wilkins J., reducing the award of costs on a solicitor-and-client scale

contre M^{me} Hamilton. À l'ouverture du procès, l'action intentée contre M^{me} Agasi et la demande reconventionnelle ont été rejetées avec le consentement des parties. L'affaire a été instruite comme une action intentée contre OWB en vue d'obtenir des dommages-intérêts généraux pour inexécution de contrat. Le juge Wilkins a conclu, en première instance, à la résiliation fautive du contrat par OWB et a accordé des dommages-intérêts correspondant aux versements qui auraient été effectués pendant toute la durée de 36 mois du contrat, moins 25 pour 100 : [2000] O.J. No. 5004 (QL). La déduction de 25 pour 100 reflétait la possibilité qu'OWB aurait éventuellement eue d'exercer d'une manière valide son droit de résilier le contrat en donnant un préavis.

En plus des dommages-intérêts accordés, le juge Wilkins a ordonné à OWB de payer les dépens de M^{me} Hamilton sur la base partie-partie jusqu'au 30 octobre 2000, et sur la base avocat-client après cette date. Le juge Wilkins a précisé qu'il convenait, pour plusieurs raisons, d'accorder des dépens avocat-client. La défense d'OWB reposait sur l'allégation [TRADUCTION] « très grave » et « limitée » que M^{me} Hamilton s'était comportée malhonnêtement. OWB n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que M^{me} Hamilton avait réellement été malhonnête. OWB a persisté à alléguer la malhonnêteté même après le 30 octobre 2000, c'est-à-dire au moment où la production de documents et les interrogatoires préalables au procès étaient terminés. Le juge Wilkins a conclu qu'à cette date OWB avait accès à des renseignements suffisants pour pouvoir conclure que M^{me} Hamilton ne s'était pas comportée de manière malhonnête ou frauduleuse. OWB a interjeté appel.

La juge Simmons a statué, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 767 (le juge Goudge étant dissident), que la clause autorisant la résiliation anticipée du contrat, moyennant un préavis de trois mois, constituait l'avantage minimum garanti par le contrat. C'est pourquoi, selon la cour, cette clause représentait en même temps le risque maximal auquel OWB était exposée au chapitre des dommages-intérêts. La cour a donc réduit en conséquence le montant

after October 30, 2000, to costs on a party-and-party scale.

- ¹⁰ Hamilton appealed to this Court with respect to both damages and costs. From the bench, this Court dismissed the appeal with respect to the damages, but allowed the appeal with respect to costs.

II. Analysis

A. *Damages*

- ¹¹ There is a general principle regarding damages awarded in cases where a defendant who wrongfully repudiated a contract had alternative modes of performing the contract. This general principle traces its roots at least as far back as the case of *Cockburn v. Alexander* (1848), 6 C.B. 791. In that case, Maule J. articulated the general principle, at p. 814, as follows:

Generally speaking, where there are several ways in which the contract might be performed, that mode is adopted which is the least profitable to the plaintiff, and the least burthensome to the defendant.

This general principle has been adopted by decisions in Canada (see *Park v. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 (C.A.); *Aldo Ippolito & Co. v. Canada Packers Inc.* (1986), 57 O.R. (2d) 65 (C.A.); and, more generally, S. M. Waddams, *The Law of Damages* (loose-leaf ed.), at pp. 13-19 to 13-21), and has been confirmed in the United Kingdom (see *Lavarack v. Woods of Colchester Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 278 (C.A.); and *The "World Navigator"*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 23 (C.A.)).

- ¹² This approach is also the one that is generally applicable in the United States (see, for example, *Restatement (Second) of Contracts* § 344 (1981); *Williston on Contracts* (3rd ed. 1968) § 1407; *Western Oil & Fuel Co. v. Kemp*, 245 F.2d 633 (8th Cir. 1957), at p. 640; *Stewart v. Cran-Vela Rental Co.*, 510 F.2d 982 (5th Cir. 1975), at p. 986; and 22 Am. Jur. 2d *Damages* § 126 (1988)).

de dommages-intérêts accordé. La juge Simmons a également modifié l'ordonnance que le juge Wilkins avait rendue en matière de dépens, en ramenant à des dépens partie-partie les dépens avocat-client accordés pour la période postérieure au 30 octobre 2000.

Madame Hamilton a interjeté appel devant la Cour tant sur la question des dommages-intérêts que sur celle des dépens. À l'audience, la Cour a rejeté le pourvoi relativement aux dommages-intérêts, mais l'a accueilli relativement aux dépens.

II. Analyse

A. *Dommages-intérêts*

Un principe général régit l'attribution de dommages-intérêts dans les cas où le défendeur, qui a procédé à la résiliation fautive d'un contrat, disposait de différents modes d'exécution du contrat. Ce principe remonte à aussi loin que l'affaire *Cockburn c. Alexander* (1848), 6 C.B. 791. Dans cette affaire, le juge Maule a formulé ainsi ce principe général (p. 814) :

[TRADUCTION] En général, lorsqu'il existe plusieurs modes d'exécution d'un contrat, le mode choisi doit être celui qui est le moins avantageux pour le demandeur et le moins onéreux pour le défendeur.

Adopté dans la jurisprudence canadienne (voir *Park c. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 (C.A.), *Aldo Ippolito & Co. c. Canada Packers Inc.* (1986), 57 O.R. (2d) 65 (C.A.), et, d'une manière plus générale, S. M. Waddams, *The Law of Damages* (éd. feuilles mobiles), p. 13-19 à 13-21), ce principe général a également été confirmé au Royaume-Uni (voir *Lavarack c. Woods of Colchester Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 278 (C.A.), et *The « World Navigator »*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 23 (C.A.)).

Cette approche est aussi celle qui s'applique généralement aux États-Unis (voir, par exemple, *Restatement (Second) of Contracts* § 344 (1981); *Williston on Contracts* (3^e éd. 1968) § 1407; *Western Oil & Fuel Co. c. Kemp*, 245 F.2d 633 (8th Cir. 1957), p. 640; *Stewart c. Cran-Vela Rental Co.*, 510 F.2d 982 (5th Cir. 1975), p. 986; 22 Am. Jur. 2d *Damages* § 126 (1988)).

The general principle was explained by Scrutton L.J. in *Withers v. General Theatre Corp.*, [1933] 2 K.B. 536 (C.A.), at pp. 548-49:

Now where a defendant has alternative ways of performing a contract at his option, there is a well settled rule as to how the damages for breach of such a contract are to be assessed. . . . A very common instance explaining how that works is this: A. undertakes to sell to B. 800 to 1200 tons of a certain commodity; he does not supply B. with any commodity. On what basis are the damages to be fixed? They are fixed in this way. A. would perform his contract if he supplied 800 tons, and the damages must therefore be assessed on the basis that he has not supplied 800 tons, and not on the basis that he has not supplied 1200 tons, not on the basis that he has not supplied the average, 1000 tons, and not on the basis that he might reasonably be expected, whatever the contract was, to supply more than 800 tons. The damages are assessed . . . on the basis that the defendant will perform the contract in the way most beneficial to himself and not in the way that is most beneficial to the plaintiff.

If one substitutes duration in time for quantity of goods into Scrutton L.J.'s statement, then it directly addresses the case at bar. Indeed, the application of this general principle to a breach of a contract with various possible durations is addressed immediately following the above example by Scrutton L.J., at pp. 549-50:

[Consider] a lease for seven, fourteen or twenty-one years which is wrongfully determined at the end of five years by the landlord. On what basis are damages to be assessed? Answer: On the basis that the landlord can determine the lease in seven years, and therefore the plaintiff can only recover damages on the assumption that he had only two more years of the lease to run.

This passage speaks directly to our case, and is persuasive in its application.

Notwithstanding the broad acceptance of the general principle, the appellant in this case advocates another approach — the one employed by Wilkins J. at trial. This approach involves an inquiry into how the defendant would likely have performed his or her obligations under the contract, hypothetically, but for his or her repudiation. This, the

Le lord juge Scrutton explique le principe général dans l'arrêt *Withers c. General Theatre Corp.*, [1933] 2 K.B. 536 (C.A.), p. 548-549 :

[TRADUCTION] Maintenant, lorsque le défendeur dispose de plusieurs modes d'exécution d'un contrat, une règle bien établie régit la façon de calculer les dommages-intérêts pour inexécution du contrat. [.] Voici un exemple couramment utilisé pour expliquer la façon dont cette règle fonctionne : A s'engage à vendre à B entre 800 et 1 200 tonnes d'une certaine denrée; A ne fournit aucune denrée à B. Comment les dommages-intérêts seront-ils calculés? Voici comment : A s'acquitterait de ses obligations contractuelles s'il fournissait 800 tonnes. Les dommages-intérêts doivent donc être calculés en fonction de l'omission de fournir 800 tonnes et non de celle de fournir 1 200 tonnes ou encore les 1 000 tonnes représentant la quantité moyenne. Leur calcul ne doit pas reposer non plus sur le fait que, peu importe les termes du contrat, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que A fournisse plus de 800 tonnes. Ce calcul est fondé [.] sur la supposition que le défendeur exécutera le contrat de la manière la plus avantageuse, non pas pour le demandeur, mais pour lui.

Si l'on y substitue l'écoulement du temps à la quantité des marchandises, l'énoncé du lord juge Scrutton s'applique alors directement à la présente affaire. En fait, la question de l'application de ce principe général à l'inexécution d'un contrat à durée variable est abordée, aux p. 549-550, immédiatement après l'exemple susmentionné du lord juge Scrutton :

[TRADUCTION] [Prenons le cas] du bail de sept, quatorze ou vingt-et-un ans qui, au bout de cinq ans, fait l'objet d'une résiliation fautive par le propriétaire. Comment les dommages-intérêts seront-ils calculés? La réponse : leur calcul tiendra compte du fait que le propriétaire avait la possibilité de résilier le bail au bout de sept ans. Par conséquent, on tiendra pour acquis qu'il ne restait que deux ans avant la fin du bail, et le demandeur n'aura droit d'être indemnisé que dans cette mesure.

Ce passage vise directement l'affaire qui nous occupe et est déterminant.

Même si ce principe général est largement accepté, l'appelante préconise, en l'espèce, une autre approche — celle adoptée au procès par le juge Wilkins. Cette approche consiste à se demander comment, en théorie, la défenderesse aurait vraisemblablement exécuté ses obligations contractuelles si elle n'avait pas résilié le contrat. Pour

appellant argues, is the true test of the position the plaintiff would have been in had the contract not been repudiated.

- 15 This tort-like analysis proposed by Hamilton is not an established part of Canadian law. There are compelling reasons for this. Contractual obligations are voluntarily assumed by parties and given effect to by the courts. The failure to perform certain promised positive contractual obligations in contract law is conceptually distinct from the breach of unpromised negative obligations to not harm another's interests in tort law: see G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2nd ed. 2002), at p. 11.

- 16 In a successful tort claim for damages, unliquidated damages are awarded to a plaintiff on the basis that the plaintiff has suffered a loss through some wrongful interference by the defendant. The plaintiff in such cases has legally protected interests that have been found by a court to be unduly compromised. In tort cases, it is widely recognized that the inquiry into what would have been but for the tort is appropriate, since the plaintiff's interest is in being restored to (or at least awarded compensation in respect of) the position the plaintiff would otherwise be in. See Fridman, *supra*, at p. 2; A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (7th ed. 2001), at p. 4, ("[f]irst and foremost, tort law is a compensator"); J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 5; and R. F. V. Heuston and R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21st ed. 1996), at pp. 8-9.

- 17 However, under the general principle applicable in breach of contracts with alternative performances enunciated above, it is not necessary that the non-breaching party be restored to the position they would likely, as a matter of fact, have been in but for the repudiation. Rather, the non-breaching party

l'appelante, il s'agit là du critère applicable pour déterminer quelle aurait été la situation du demandeur si le contrat n'avait pas été résilié.

L'analyse proposée par M^{me} Hamilton — qui s'apparente à celle effectuée en matière de responsabilité délictuelle — n'est pas une pratique bien implantée en droit canadien, et ce, pour plusieurs raisons sérieuses. Les obligations contractuelles sont des obligations que les parties assument de plein gré et auxquelles les tribunaux donnent effet. Le manquement — en droit des contrats — à une obligation contractuelle positive découlant de l'engagement des parties est un concept différent du manquement — en matière de responsabilité délictuelle — à l'obligation, négative cette fois et ne découlant pas d'un engagement, de ne causer aucun préjudice à autrui : voir G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2^e éd. 2002), p. 11.

Lorsqu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la responsabilité délictuelle est accueillie, le demandeur obtient des dommages-intérêts non déterminés pour la perte qu'il a subie à cause de l'intervention fautive du défendeur. En pareil cas, le demandeur possède des droits protégés par la loi qui, selon le tribunal, ont été indûment compromis. En matière de responsabilité délictuelle, on reconnaît généralement qu'il convient de se demander quelle aurait été la situation si le délit n'avait pas été commis, puisque ce à quoi le demandeur a droit, c'est d'être placé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé n'eût été ce délit — ou du moins d'être indemnisé à cet égard. Voir Fridman, *op. cit.*, p. 2; A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (6^e éd. 2001), p. 4, (« [I]l droit de la responsabilité délictuelle joue, d'abord et avant tout, un rôle réparateur »); J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), p. 5; R. F. V. Heuston et R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21^e éd. 1996), p. 8-9.

Toutefois, selon le principe général susmentionné qui s'applique à l'inexécution des contrats prévoyant différents modes d'exécution, il n'est pas nécessaire de placer la partie innocente dans la situation où elle se serait vraisemblablement trouvée n'eût été la résiliation. Il s'agit plutôt de la placer dans la situation

is entitled to be restored to the position they would have been in had the contract been performed.

In this case, the relevant contractual duties have been expressly set out by the parties in the agreement. Hamilton is entitled to OWB's performance of these voluntarily assumed duties. Hamilton has no compensable interest in the advantages she might have expected under any particular performance of the contract, since the contract itself provided for alternative methods of performance at the election of the defendant. If Hamilton wanted to secure herself the benefits associated with a given particular method of performance, she should have contracted for only that method of performance.

The trial judge erred in this case in engaging in a tort-like inquiry as to what would have happened if OWB had not breached its contractual obligations to Hamilton, and in concluding that OWB would not have terminated at the earliest opportunity.

The assessment of damages required only a determination of the minimum performance the plaintiff was entitled to under the contract, i.e., the performance which was least burdensome for the defendant. The plaintiff agreed at the outset that she was entitled to no more by contracting for a contractual term that could be truncated with notice entirely at the discretion of the defendant.

This is not to say that the general principle will never require a factual inquiry. The method of performance that is most advantageous or least costly for the defendant may not always be clear at the outset from the contract's terms. A court may have to consider evidence to determine an estimated cost of the various means of performance. In some cases it will only be after this factual investigation that a court can confidently conclude that a certain mode of performance would have been the least burdensome for the defendant. That this factual investigation might need to be conducted in some

où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté.

En l'espèce, les obligations contractuelles pertinentes des parties sont expressément énoncées dans le contrat qu'elles ont signé. Madame Hamilton a droit à l'exécution des obligations que OWB a assumées de plein gré. Elle ne possède aucun droit donnant ouverture à indemnisation en ce qui concerne les avantages qu'elle aurait pu s'attendre à tirer d'un mode particulier d'exécution du contrat, étant donné que le contrat lui-même donnait à la défenderesse le choix de différents modes d'exécution. Si elle avait voulu s'assurer d'obtenir les avantages liés à un mode d'exécution particulier, M^{me} Hamilton aurait dû convenir de ce seul mode d'exécution dans le contrat qu'elle a signé.

En l'espèce, le juge de première instance a commis une erreur en procédant à une analyse semblable à celle effectuée en matière de responsabilité délictuelle, c'est-à-dire en se demandant quelle aurait été la situation si OWB n'avait pas manqué à ses obligations contractuelles envers M^{me} Hamilton, et en concluant qu'OWB n'aurait pas résilié le contrat à la première occasion.

Pour calculer les dommages-intérêts, il était seulement nécessaire de déterminer l'exécution minimale à laquelle la demanderesse avait droit en vertu du contrat, c'est-à-dire celle qui était la moins onéreuse pour la défenderesse. La demanderesse a convenu, au départ, qu'elle n'aurait pas droit à plus en signant un contrat dont la défenderesse pourrait, à son entière discrétion, écourter la durée en donnant un préavis en ce sens.

Cela ne signifie pas que le principe général ne commande jamais un examen des faits. Il se peut qu'au départ le mode d'exécution le plus avantageux ou le moins onéreux pour le défendeur ne ressorte pas toujours clairement du contrat. Il se peut que le tribunal doive procéder à un examen de la preuve pour établir le coût estimatif des différents modes d'exécution. Dans certains cas, ce ne sera qu'après avoir effectué cet examen des faits que le tribunal pourra conclure, sans craindre de se tromper, qu'un certain mode d'exécution aurait été le moins onéreux pour le défendeur. La possibilité

18

19

20

21

instances does not undermine the general principle.

22 A factual investigation of this type is not necessary on the facts of this case. The case at bar raises only a question of the extent of time the contract will be performed which, with three months' notice given after the expiration of the 18th month, is entirely at the election of the defendant.

23 The analytical approach adopted by Simmons J.A. at the Court of Appeal in this case regarding the appropriate quantum of damages is one that comports with the long-standing and widely accepted general principle, is sound in policy, and is one that leads to predictable and justifiable results. For the foregoing reasons, the appeal with regard to damages is dismissed.

B. Costs

24 In overturning the costs award ordered by Wilkins J. at trial, Simmons J.A. for the majority of the Court of Appeal, at para. 57, stated:

The trial judge found that the appellant had not met the high standard of proof required to sustain allegations of fraud or dishonesty. He did not find the pleading to be without foundation. In these circumstances and in light of my disposition of the main ground of appeal, I would set aside the order for solicitor and client costs and substitute an award on the partial indemnity scale.

25 In this case, Wilkins J. assessed the tenability of the allegations of dishonesty and fraud, assisted by his observation of the demeanour of all the witnesses. He concluded that, while the allegations had, perhaps, some circumstantial plausibility, OWB relied only upon the narrow issue of dishonesty and persisted unduly in these allegations.

26 In *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134, McLachlin J. (as she then was) for a majority of this Court held that solicitor-and-client costs "are generally awarded only where there has been

qu'un tel examen des faits soit nécessaire dans certains cas ne mine pas le principe général.

Les faits de la présente affaire ne commandent pas ce genre d'examen. Seule se pose en l'espèce la question de la durée du contrat qui, sous réserve du préavis de trois mois requis à l'expiration du 18^e mois, est laissée à l'entièrre discréction de la défenderesse.

La méthode analytique que la juge Simmons de la Cour d'appel a adoptée, en l'espèce, pour calculer le montant approprié des dommages-intérêts est conforme au principe général de longue date et généralement accepté, est valable sur le plan de la politique générale et mène à des résultats prévisibles et justifiables. Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est rejeté en ce qui concerne les dommages-intérêts.

B. Les dépens

En écartant l'attribution de dépens ordonnée en première instance par le juge Wilkins, la juge Simmons s'est exprimée ainsi au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel (par. 57) :

[TRADUCTION] Le juge de première instance a décidé que l'appelante n'avait pas satisfait à la norme de preuve élevée qui s'applique aux allégations de fraude et de malhonnêteté. Il n'a pas conclu que les allégations étaient non fondées. Dans ces circonstances et compte tenu de ma décision relative au principal moyen d'appel, je suis d'avis d'annuler l'ordonnance d'attribution de dépens avocat-client et d'y substituer des dépens sur la base d'une indemnisation partielle.

En l'espèce, le juge Wilkins a évalué la solidité des allégations de malhonnêteté et de fraude en observant notamment le comportement de tous les témoins. Il a conclu que, même si les allégations pouvaient avoir une certaine vraisemblance dans les circonstances, OWB n'avait soulevé que la question limitée de la malhonnêteté et avait maintenu indûment ces allégations.

Dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 134, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué, au nom des juges majoritaires de la Cour, que les dépens avocat-client « ne sont

reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties". An unsuccessful attempt to prove fraud or dishonesty on a balance of probabilities does not lead inexorably to the conclusion that the unsuccessful party should be held liable for solicitor-and-client costs, since not all such attempts will be correctly considered to amount to "reprehensible, scandalous or outrageous conduct". However, allegations of fraud and dishonesty are serious and potentially very damaging to those accused of deception. When, as here, a party makes such allegations unsuccessfully at trial and with access to information sufficient to conclude that the other party was merely negligent and neither dishonest nor fraudulent (as Wilkins J. found), costs on a solicitor-and-client scale are appropriate: see, generally, M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 219.

A court should set aside a costs award on appeal only if the trial judge has made an error in principle or if the costs award is plainly wrong (*Duong v. NN Life Insurance Co. of Canada* (2001), 141 O.A.C. 307, at para. 14). In Wilkins J.'s costs order I find no such error of principle, nor can I conclude that the award is plainly wrong. In light of the privileged position of the trial judge to assess first-hand the credibility of witnesses, and given the highly fact-driven nature of the analysis that was required here, the costs order made by Wilkins J. must be restored.

III. Conclusion

For the foregoing reasons, the appeal was dismissed from the bench with regard to damages and allowed only on the issue of costs. The trial judge's award of solicitor-client costs at trial is restored. Each party is to bear its own costs in the Court of Appeal for Ontario and in this Court.

généralement accordés que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties ». La tentative infructueuse d'établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence de fraude ou de malhonnêteté n'amène pas forcément à conclure que la partie déboutée doit être tenue de verser des dépens avocat-client, étant donné que les tentatives de ce genre ne seront pas toutes considérées, à juste titre, comme une « conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante ». Toutefois, les allégations de fraude et de malhonnêteté sont graves et peuvent être fort dommageables pour ceux et celles qui sont accusés de supercherie. Lorsque, comme en l'espèce, une partie formule en vain de telles allégations au procès et qu'elle a accès à des renseignements qui lui permettent de conclure que l'autre partie a simplement fait montre de négligence et n'est coupable ni de malhonnêteté ni de fraude (comme l'a conclu le juge Wilkins), il convient d'accorder des dépens avocat-client : voir, d'une manière générale, M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par. 219.

L'attribution de dépens ne doit être annulée en appel que si le juge de première instance a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée (*Duong c. NN Life Insurance Co. of Canada* (2001), 141 O.A.C. 307, par. 14). Je ne constate aucune erreur de principe de ce genre dans l'ordonnance du juge Wilkins et je suis incapable de conclure que l'attribution est nettement erronée. Vu la situation privilégiée dans laquelle le juge de première instance se trouve pour apprécier directement la crédibilité des témoins, et compte tenu de la nature éminemment factuelle de l'analyse requise en l'espèce, l'ordonnance du juge Wilkins relative aux dépens doit être rétablie.

III. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi a été rejeté à l'audience relativement aux dommages-intérêts et accueilli uniquement en ce qui concerne la question des dépens. L'attribution de dépens avocat-client par le juge de première instance est rétablie. Chaque partie assumera ses propres dépens devant la Cour d'appel de l'Ontario et devant nous.

*Appeal dismissed on the issue of damages.
Appeal allowed on the issue of costs.*

*Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie,
Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Gemmink &
Associate, Toronto.*

*Pourvoi rejeté relativement aux dommages-
intérêts. Pourvoi accueilli relativement aux dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Heenan Blaikie,
Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Gemmink & Associate,
Toronto.*

**Dale Kroppmanns and Allison Muriel
Currie Appellants**

v.

Pamela Jean Townsend Respondent

INDEXED AS: TOWNSEND v. KROPPMANNS

Neutral citation: 2004 SCC 10.

File No.: 29345.

Hearing and judgment: December 2, 2003.

Reasons delivered: February 19, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Torts — Damages — Determination of award — Whether rate of return should be taken into account in assessing award — Whether tax gross-up and management fees should be calculated on award established at trial or on figure determined at later date — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 56 — Law and Equity Regulation, B.C. Reg. 352/81.

After assessing damages against the appellants in the respondent's action arising out of a motor vehicle accident, the trial judge issued supplementary reasons to deal with the tax gross-up and management fees. By then, the respondent had already received partial payment and spent part of it purchasing a house and paying legal fees. The trial judge deducted the capital expenditure and the legal fees in calculating management fees and the tax gross-up. He also reduced the fee award by 50 percent to account for a predicted increased return, assumed to result from the investment counselling for which the management fee award was granted. In British Columbia, the discount rates are fixed by the *Law and Equity Regulation* and a four-level classification for calculating management fees is regularly applied by the courts. The Court of Appeal unanimously held that the evidence did not support the reduction of the award for management fees and that management fees and the tax gross-up were to be calculated in relation to the full amount of damages awarded, without

**Dale Kroppmanns et Allison Muriel
Currie Appelants**

c.

Pamela Jean Townsend Intimée

RÉPERTORIÉ : TOWNSEND c. KROPPMANNS

Référence neutre : 2004 CSC 10.

Nº du greffe : 29345.

Audition et jugement : 2 décembre 2003.

Motifs déposés : 19 février 2004.

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

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

Délits civils — Dommages-intérêts — Détermination du montant de l'indemnité — Le taux de rendement doit-il être pris en compte dans l'évaluation de l'indemnité? — La majoration pour impôt et les honoraires pour services de gestion doivent-ils être calculés à partir du montant de l'indemnité établi au procès ou d'un autre montant déterminé à une date ultérieure? — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, ch. 253, art. 56 — Law and Equity Regulation, B.C. Reg. 352/81.

Après avoir évalué le montant des dommages-intérêts adjugés contre les appellants dans l'action de l'intimée découlant d'un accident d'automobile, le juge de première instance a prononcé des motifs supplémentaires concernant les honoraires pour services de gestion et la majoration pour impôt. L'intimée avait alors déjà reçu un paiement partiel et en avait utilisé une partie pour s'acheter une maison et payer son avocat. Le juge de première instance a déduit le montant utilisé pour l'acquisition de la maison et le paiement des frais d'avocat du montant servant à calculer les honoraires pour services de gestion et la majoration pour impôt. Il a aussi réduit de 50 pour 100 l'indemnité accordée au titre des honoraires, en considération d'un rendement plus élevé censé résulter des services de conseils en placements pour lesquels les frais de gestion étaient accordés. En Colombie-Britannique, les taux d'actualisation sont fixés par le *Law and Equity Regulation* et les tribunaux se reportent à une classification à quatre niveaux pour calculer les honoraires pour services de gestion. La Cour d'appel a statué à

deducting the respondent's legal fees and the capital investment.

Held: The appeal should be dismissed.

The higher rate of return on the award attributed to investment counselling should not result in a reduction of the award. The statutory discount rates do not take investment costs into consideration and apply in all cases. Moreover, the fee classification was formulated on the basis that victims do not benefit from advice costs being already built into the statutory discount rate. Indeed, deducting the difference between the potential rate of return and the statutory rate from the award would defeat the whole purpose of the deeming provisions, which is to render irrelevant any evidence on actual or potential rates of return or inflation. The effect of the statutory rate and the classification cannot be avoided by claiming a reduction in the fees award. The legislature made a policy choice which the courts must respect.

The cost of the respondent's legal fees and house should not be deducted from the amount upon which management fees and tax gross-up are calculated. This conclusion is supported by three principles involved in assessing damages. First, since damages are assessed, not calculated, the notional amount assessed for future damages cannot be mixed with actual amounts. Second, the principle of finality would be undermined if the award were to be adjusted for changing circumstances. Finally, the plaintiff has property of the award and how he or she chooses to use it is irrelevant.

Cases Cited

Applied: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; **referred to:** *Mandzuk v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1988] 2 S.C.R. 650; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214.

Statutes and Regulations Cited

Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 56 [ad. 1981, c. 10, s. 30].
Law and Equity Regulation, B.C. Reg. 352/81.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, r. 37(23).

l'unanimité que la preuve n'établit pas la réduction de l'indemnité accordée au titre des honoraires pour services de gestion et que ces honoraires et la majoration pour impôt devaient être calculés en fonction du montant total des dommages-intérêts, sans déduction des frais d'avocat de l'intimée ni de la somme utilisée pour l'achat de la résidence.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le taux de rendement plus élevé attribuable aux services de conseils en placements ne doit entraîner aucune réduction des honoraires pour services de gestion. Les taux légaux d'actualisation ne tiennent pas compte des coûts de placement et s'appliquent à tous les cas. De plus, la classification des honoraires a été établie à partir du principe que le taux légal d'actualisation n'inclut pas déjà les coûts des conseils. En fait, la déduction de l'écart entre le taux de rendement potentiel et le taux légal irait à l'encontre de l'objet même de la disposition prévoyant un taux réputé, qui consiste à rendre non pertinente toute preuve des taux de rendement ou d'inflation, réels ou potentiels. On ne peut éviter les effets du taux légal ni l'emploi de la classification en demandant une réduction de l'indemnité accordée au titre des honoraires. Le législateur a fait un choix politique que les tribunaux doivent respecter.

Le coût des frais d'avocat et de la résidence de l'intimée ne doit pas être déduit du montant servant à calculer les honoraires pour services de gestion et la majoration pour impôt. Cette conclusion s'appuie sur trois principes qui entrent en jeu dans l'évaluation des dommages-intérêts. Premièrement, comme les dommages-intérêts sont évalués et non calculés, le montant théorique établi pour les dommages futurs ne peut être confondu avec les montants réels. Deuxièmement, le principe du caractère définitif ne serait pas respecté si l'indemnité accordée devait être rajustée au gré des changements de situation. Enfin, l'indemnité constitue un bien dont la partie demanderesse est propriétaire et la façon dont elle entend l'utiliser n'est pas pertinente.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; **arrêts mentionnés :** *Mandzuk c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1988] 2 R.C.S. 650; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214.

Lois et règlements cités

Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, ch. 253, art. 56 [aj. 1981, ch. 10, art. 30].
Law and Equity Regulation, B.C. Reg. 352/81.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, règle 37(23).

Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Standardized Assumptions for Calculating Income Tax Gross-up and Management Fees in Assessing Damages*. Vancouver: The Commission, 1994.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 2 B.C.L.R. (4th) 10, 171 B.C.A.C. 11, 280 W.A.C. 11, 12 C.C.L.T. (3d) 88, [2002] B.C.J. No. 1287 (QL), 2002 BCCA 365, allowing an appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [1998] B.C.J. No. 2447 (QL), and its supplementary reasons regarding damage awards for management fees and tax gross-up, [2000] B.C.J. No. 1352 (QL), 2000 BCSC 964. Appeal dismissed.

Patrick G. Foy, Q.C., and Robert J. C. Deane, for the appellants.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Aaron A. G. Gordon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHAMPS J. — This appeal deals with issues which are often raised in large personal injury cases. It concerns management fees and tax gross-up awarded to a victim in a tort case. More specifically, first, should the award take into account the rate of return by the victim and, second, should the tax gross-up and management fees be calculated on the estimated amount established at the time of the trial or on some other figure likely to become known at a later date. This Court dismissed the appeal at the conclusion of the hearing, with reasons to follow. These are the reasons for judgment.

On December 8, 1990, while walking on a road in the middle of the night, the respondent Townsend was struck by a vehicle owned by the appellant Currie, and driven by the appellant Kroppmanns. Liability was at issue. The trial was held in May 1995 and judgment was delivered in July 1995. The

Doctrine citée

Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Standardized Assumptions for Calculating Income Tax Gross-up and Management Fees in Assessing Damages*. Vancouver : The Commission, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 2 B.C.L.R. (4th) 10, 171 B.C.A.C. 11, 280 W.A.C. 11, 12 C.C.L.T. (3d) 88, [2002] B.C.J. No. 1287 (QL), 2002 BCCA 365, qui a accueilli un appel d'une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1998] B.C.J. No. 2447 (QL), et de ses motifs supplémentaires concernant les honoraires pour services de gestion et la majoration pour impôt, [2000] B.C.J. No. 1352 (QL), 2000 BCSC 964. Pourvoi rejeté.

Patrick G. Foy, c.r., et Robert J. C. Deane, pour les appellants.

Joseph J. Arvay, c.r., et Aaron A. G. Gordon, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Les questions dont traite le présent pourvoi sont fréquemment soulevées dans les affaires de préjudice corporel de grande envergure. Ces questions portent sur les honoraires pour services de gestion et la majoration pour impôt accordés aux victimes dans les poursuites en responsabilité civile délictuelle. Plus précisément, il s'agit de savoir, premièrement, s'il faut tenir compte du taux de rendement de la victime pour fixer le montant des dommages-intérêts et, deuxièmement, s'il faut calculer la majoration pour impôt et les honoraires pour services de gestion à partir du montant estimatif établi au moment du procès ou d'un autre montant qui pourra vraisemblablement être déterminé à une date ultérieure. Notre Cour a rejeté le pourvoi au terme de l'audience avec motifs à suivre, que voici.

Le 8 décembre 1990, alors qu'elle circulait à pied en pleine nuit, l'intimée M^{me} Townsend a été heurtée par le véhicule appartenant à l'appelante M^{me} Currie, et conduit par l'appelant M. Kroppmanns. La responsabilité était en cause. Le procès a eu lieu en mai 1995 et le jugement a été prononcé en juillet

¹²

trial judge dismissed the action ([1995] B.C.J. No. 1625 (QL)). On appeal, liability was apportioned by attributing 55 percent of the fault to Ms. Townsend and 45 percent to Mr. Kroppmanns and Ms. Currie ((1998), 108 B.C.A.C. 23). The Court of Appeal referred the matter back to the trial judge for assessment of damages. In October 1998, the damages were assessed at \$1,445,000 before apportionment ([1998] B.C.J. No. 2447 (QL)).

- 3 In June 2000, the trial judge issued supplementary reasons to deal with the tax gross-up and management fees ([2000] B.C.J. No. 1352 (QL), 2000 BCSC 964). By then, the respondent had already received partial payment and spent part of it purchasing a house and paying legal fees. The trial judge deducted the capital expenditure and the legal fees from the amount used to calculate management fees and tax gross-up. He also reduced the fee award by 50 percent to account for a predicted increased return, assumed to result from the investment counselling for which the management fee award was granted.
- 4 The judgment was appealed on many issues, but only two remain. On those, Finch C.J.B.C. held, for a unanimous court, that the evidence did not support the reduction of the award for management fees ((2002), 2 B.C.L.R. (4th) 10). He also found that management fees and tax gross-up were to be calculated in relation to the full amount of damages, without deducting the respondent's legal fees and investment in her home. The questions will be dealt with in turn, but first some preliminary comments will help in understanding the issues.
- 5 Compensation aims at restoring the victim to the position that person would have been in had no loss been incurred. Compensation is awarded in the form

1995. Le juge de première instance a rejeté l'action ([1995] B.C.J. No. 1625 (QL)). En appel, la responsabilité a été partagée, la faute étant attribuée dans une proportion de 55 pour 100 à Mme Townsend et de 45 pour 100 à M. Kroppmanns et Mme Currie ((1998), 108 B.C.A.C. 23). La Cour d'appel a renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il évalue les dommages-intérêts. En octobre 1998, le tribunal a évalué les dommages-intérêts à 1 445 000 \$, avant le partage de la responsabilité ([1998] B.C.J. No. 2447 (QL)).

En juin 2000, le juge de première instance a déposé des motifs supplémentaires concernant la majoration pour impôt et les honoraires pour services de gestion ([2000] B.C.J. No. 1352 (QL), 2000 BCSC 964). À cette date, l'intimée avait déjà reçu un paiement partiel et en avait utilisé une partie pour s'acheter une maison et payer son avocat. Le juge de première instance a déduit le montant utilisé pour l'acquisition de la maison et le paiement des frais d'avocat du montant servant à calculer les honoraires pour services de gestion et la majoration pour impôt. Il a également réduit de 50 pour 100 l'indemnité accordée au titre des honoraires, en considération d'un rendement plus élevé censé résulter des services de conseils en placements pour lesquels les frais de gestion étaient accordés.

Le jugement a été porté en appel. Parmi les nombreuses questions soulevées en appel, deux seulement sont encore en litige. En ce qui les concerne, le juge en chef Finch de la Colombie-Britannique a statué, au nom de la cour, que la preuve n'établit pas la réduction de l'indemnité accordée au titre des honoraires pour services de gestion ((2002), 2 B.C.L.R. (4th) 10). Il a également conclu que ces honoraires ainsi que la majoration pour impôt devaient être calculés en fonction du montant total des dommages-intérêts, sans déduction des frais d'avocat de l'intimée ni de la somme utilisée pour l'achat de sa résidence. Ces questions seront examinées successivement, mais certains éclaircissements préalables s'imposent.

L'indemnisation vise à replacer la victime dans la situation où elle se trouverait n'eût été la perte subie. L'indemnisation prend la forme d'une somme

of a lump sum payment. The dollar amount received for future costs is actually lower than projected costs because it is assumed that the amount paid will be invested and will earn income before being used for future needs. The same reasoning applies for loss of future income. The victim is awarded a lower amount for income than that person would have actually earned at a future date. In other words, the amounts are discounted to reflect the present value of the expenses incurred or the income earned at a future date, taking inflation adjustments into consideration. The purpose of the discount rate is thus to insure that victims will be fully compensated but that defendants will not be called on to overpay. In British Columbia, to avoid courts' having to hear expert evidence in every case in order to determine the appropriate discount rate, s. 56 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, which was added in 1981 (S.B.C. 1981, c. 10, s. 30), authorizes the Chief Justice of the British Columbia Supreme Court to set the discount rate. Pursuant to the *Law and Equity Regulation*, B.C. Reg. 352/81, which was adopted pursuant to s. 56 of the *Law and Equity Act*, the Chief Justice has fixed the discount rate at 2½ percent for future earnings and 3½ percent for future costs.

The same underlying rationale guides the attribution of management fees and tax gross-up. The law aims at ensuring that the value of the amounts awarded to victims is maintained over time. In tort law, victims of personal injuries are awarded management fees when their ability to manage the amount they receive is impaired as a result of the tortious conduct. The purpose of this segment of the award is to ensure that amounts related to future needs are not exhausted prematurely due to the inability of the victims to manage their affairs. Depending on the needs of the victims, more or less extensive help is required. The assessment is made on a case-by-case basis: *Mandzuk v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1988] 2 S.C.R. 650. In the same vein, since the earnings on the capital awarded are subject to income tax,

forfaitaire. Le montant de l'indemnité accordée au titre des coûts futurs est en fait inférieur aux coûts projetés, car on tient pour acquis que la somme reçue sera placée et produira des revenus avant d'être utilisée pour combler les besoins futurs. Le même raisonnement s'applique à la perte de revenus futurs. La somme accordée à la victime au titre du revenu est inférieure au revenu qu'elle aurait réellement gagné plus tard. En d'autres termes, on réduit ces sommes pour qu'elles correspondent à la valeur actualisée des dépenses qui seront engagées ou des revenus qui seraient gagnés à une date ultérieure, en tenant compte des rajustements requis relativement à l'inflation. Le taux d'actualisation vise donc à faire en sorte que les victimes soient pleinement dédommagées, sans que les défendeurs payent une somme plus élevée que nécessaire. En Colombie-Britannique, l'art. 56 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 253, ajouté en 1981 (S.B.C. 1981, ch. 10, art. 30), autorise le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à fixer les taux d'actualisation afin d'éviter que les tribunaux aient à recevoir une preuve d'expert dans chaque dossier pour déterminer le taux d'actualisation approprié. Conformément au *Law and Equity Regulation*, B.C. Reg. 352/81, adopté en application de l'art. 56 de la *Law and Equity Act*, le Juge en chef a fixé le taux d'actualisation à 2½ pour 100 pour les revenus futurs et à 3½ pour 100 pour les coûts futurs.

Le même raisonnement guide l'attribution des honoraires pour services de gestion et de la majoration pour impôt. Le droit vise à garantir que les sommes accordées aux victimes ne soient pas dévalorisées au fil du temps. En droit de la responsabilité civile délictuelle, les victimes de préjudices corporels se voient accorder des honoraires pour services de gestion lorsque leur capacité de gérer la somme reçue est diminuée en raison de la conduite délictuelle. Cette partie de l'indemnité vise à garantir que la somme accordée aux victimes au titre des soins futurs ne s'épuisera pas prématurément en raison de leur incapacité à gérer leurs affaires. L'aide nécessaire peut être plus ou moins importante selon les besoins des victimes. L'évaluation est effectuée suivant les faits propres à chaque espèce : *Mandzuk c. Insurance*

an amount called tax gross-up is awarded to ensure that the amount will not be eroded by the tax liability.

7 With this background information, the appellants' arguments will be easier to deal with.

I. Reduction of Management Fees

8 The appellants argue, first, that the statutory discount rates take into consideration some investment costs and, second, that when an allowance for investment counselling is made, one can expect the rate of return to be higher than that otherwise achieved, which is a benefit both the victim and the defendants should share. In their view, the reduction of 50 percent ordered by the trial judge was appropriate.

9 The first part of the appellants' argument is not consonant with the development of the law in British Columbia. As mentioned above, the s. 56 of the *Law and Equity Act* was added in 1981 to obviate the need to resort to expert evidence on discount rates. Pursuant to the regulation of the Chief Justice, these rates have been in force since 1981. They apply in all cases, no matter how impaired the victim is and do not take into account whether management fees are awarded or not. The adoption of the statutory discount rates postdates the judgment of this Court in *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, in which the award of management fees was approved. The legislature is presumed to have known the law concerning management fees when it adopted the *Law and Equity Act*: *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214, at p. 220 (*per* Duff C.J.) and to have known that courts award management fees according to a calculation that is distinct from the discount rate. As no exception is made for cases where management fees are awarded, the two distinct calculations are upheld. Discount rates and management fees are two complementary but

Corporation of British Columbia, [1988] 2 R.C.S. 650. De même, comme les revenus générés par le capital accordé sont assujettis à l'impôt sur le revenu, on accorde une somme, appelée « majoration pour impôt », afin que l'impôt à payer n'érode pas le capital.

Le contexte du dossier étant mis en perspective, il est plus facile de discuter des arguments des appellants.

I. Réduction des honoraires pour services de gestion

Les appellants prétendent, premièrement, que les taux d'actualisation légaux tiennent compte de certains coûts de placement et, deuxièmement, que lorsque les tribunaux accordent un montant pour des services de conseils en placements, on peut s'attendre à un taux de rendement plus élevé que celui qui aurait été obtenu sans ces services, ce qui constitue un avantage que la victime et les défendeurs devraient se partager. À leur avis, la réduction de 50 pour 100 ordonnée par le juge de première instance était appropriée.

La première partie de l'argument des appellants n'est pas compatible avec l'évolution du droit en Colombie-Britannique. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'art. 56 de la *Law and Equity Act* a été ajouté en 1981 afin qu'il ne soit plus nécessaire de recourir au témoignage d'experts pour faire la preuve des taux d'actualisation. Les taux fixés par le Juge en chef dans l'exercice de son pouvoir de réglementation sont en vigueur depuis 1981. Ils s'appliquent à tous les cas, sans égard à l'incapacité de la victime, et ne varient pas lorsque des honoraires pour services de gestion sont accordés. L'adoption des taux d'actualisation légaux est postérieure à larrêt *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, où notre Cour a approuvé l'indemnité adjugée au titre des honoraires pour services de gestion. On présume que le législateur connaissait le droit en matière de frais de gestion lorsqu'il a adopté la *Law and Equity Act* : *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214, p. 220 (le juge en chef Duff), et qu'il savait que les tribunaux accordaient des frais de gestion selon un calcul distinct de celui des taux d'actualisation. Comme aucune exception n'est faite pour les cas où des

distinct components of the calculation of the final award.

Moreover, the appellants' argument is not compatible with the implicit basis of the recommendations in the *Report on Standardized Assumptions for Calculating Income Tax Gross-up and Management Fees in Assessing Damages* of the Law Reform Commission of British Columbia (the "Commission"). These recommendations provide for a four-level classification (at p. 52), to which courts of British Columbia have referred:

- Level 1 –** The plaintiff requires only a single session of investment advice and the preparation of an investment plan at the beginning of the period the award is to cover.
- Level 2 –** The plaintiff will require an initial investment plan and a review of the investment plan approximately every five years throughout the duration of the award.
- Level 3 –** The plaintiff will need management services in relation to custody of the fund and accounting for investments on a continuous basis.
- Level 4 –** The plaintiff will require full investment management services on a continuous basis, including custody of the fund, accounting, and discretionary responsibility for making and carrying out investment decisions. Such a plaintiff is likely to be mentally incapacitated or otherwise incapable of managing personal financial affairs.

It seems apparent that Level 1 fees cover a very limited involvement from the investment advisor. If the cost of any advice was already included in the discount rate, one would expect that at least the limited advice provided for by Level 1 would be covered. It must then be inferred that the fee classification was formulated on the basis that victims did not benefit from advice costs being already built into the statutory discount rate.

honoraires de gestion sont accordés, les deux calculs distincts sont maintenus. Les taux d'actualisation et les honoraires pour services de gestion constituent deux éléments complémentaires mais distincts du calcul de l'indemnité accordée en définitive.

En outre, l'argument des appellants n'est pas compatible avec les principes qui sous-tendent les recommandations formulées dans le *Report on Standardized Assumptions for Calculating Income Tax Gross-up and Management Fees in Assessing Damages* de la Law Reform Commission of British Columbia (la « Commission »). Ces recommandations prévoient une classification à quatre niveaux (p. 52), à laquelle les tribunaux de la Colombie-Britannique se reportent :

[TRADUCTION]

- Niveau 1 –** Le demandeur a besoin d'une seule séance de conseils en placements et de la préparation d'un plan d'investissement au début de la période que doit couvrir l'indemnité.
- Niveau 2 –** Le demandeur a besoin d'un plan d'investissement initial et d'une révision de ce plan approximativement tous les cinq ans pour toute la durée de l'indemnité.
- Niveau 3 –** Le demandeur a besoin en permanence de services de gestion pour la garde des fonds et la comptabilité relative aux placements.
- Niveau 4 –** Le demandeur a besoin en permanence de services complets de gestion des placements, notamment pour la garde des fonds, la comptabilité ainsi que la prise et l'exécution des décisions discrétionnaires liées aux placements. Ce demandeur souffre probablement d'incapacité mentale ou est de toute manière incapable de gérer ses affaires financières.

Il semble évident que les honoraires du niveau 1 ne couvrent que des services très limités de la part du conseiller en placements. Si quelque conseil était déjà prévu dans le taux d'actualisation, on pourrait s'attendre à ce qu'à tout le moins les conseils restreints prévus au niveau 1 soient couverts. On doit donc en déduire que la classification des honoraires a été établie à partir du principe que le taux légal d'actualisation n'incluait pas déjà les coûts des conseils.

10

11

12 The second part of the appellants' argument, which seeks to compare the potential rate of return with the statutory rate, defeats the whole purpose of the deeming provision. The statutory discount rate is mandatory and renders irrelevant any evidence on actual or potential rates of return or inflation. In order to entertain the appellants' approach, courts would have to enquire into the potential rates of return and inflation with the assistance of expert actuarial evidence, compare it with the statutory rate to determine whether the victim is likely to achieve a higher rate than the one provided for by the statute, and then apportion any perceived overpayment between the victim and the defendant. This kind of inquiry is exactly the one that the legislature allowed the parties to avoid by adopting a mandatory deeming provision. With the deeming provision, parties no longer need to adduce evidence on rate of return. Assessment of management fees should not be an indirect and incidental means of reverting to costly complex evidence.

13 The four-level classification of the Commission seems to be guided by the same preoccupations (*Report on Standardized Assumptions*, at p. 51):

Much court time could nevertheless be saved if the amount of the fee could be readily linked to the amount and duration of the award for future loss, without the need for re-inventing the wheel through evidence and argument in each case.

14 The goal sought by the Commission was obviously to simplify the evidence and reduce court costs. It would therefore be counter-intuitive to allow a party to proceed exactly in the way sought to be avoided by admitting evidence regarding the rate of return likely to be earned with the assistance of investment advice.

15 In this case, both parties appear to have agreed before the Court of Appeal that an extension of Level 4 value is not inappropriate. In my view, it is not now open to the appellants to seek to avoid the effect of the statutory rate nor the use of the

La deuxième partie de l'argument des appellants, par lequel ils cherchent à comparer le taux potentiel de rendement au taux fixé en vertu de la loi, va à l'encontre des motifs qui justifient l'adoption de la disposition prévoyant un taux réputé. Le taux légal d'actualisation est impératif et rend non pertinente toute preuve des taux de rendement ou d'inflation, réels ou potentiels. Si les tribunaux retenaient la méthode proposée par les appellants, il leur faudrait examiner les taux potentiels de rendement et d'inflation en s'appuyant sur une preuve actuarielle, comparer cette preuve avec le taux légal afin de déterminer si la victime a des chances d'obtenir un taux supérieur à celui fixé en vertu de la loi, pour partager ensuite entre la victime et le défendeur la partie de l'indemnité jugée excédentaire. C'est exactement le genre d'enquête que le législateur a voulu éviter aux parties par une disposition impérative prévoyant un taux réputé. Grâce à cette disposition, les parties ne sont plus tenues de présenter une preuve pour établir le taux de rendement. L'évaluation des honoraires pour services de gestion ne devrait pas servir indirectement et accessoirement à rétablir l'obligation de présenter une preuve coûteuse et complexe.

Les mêmes préoccupations semblent guider la classification à quatre niveaux proposée par la Commission (*Report on Standardized Assumptions*, p. 51) :

[TRADUCTION] Les tribunaux pourraient néanmoins gagner beaucoup de temps s'ils pouvaient facilement rattacher le montant des honoraires au montant et à la durée de l'indemnité accordée pour les pertes futures, sans avoir à réinventer la roue sur présentation d'éléments de preuve et d'arguments dans chaque dossier.

La Commission souhaitait manifestement simplifier la preuve et réduire les frais judiciaires. Il serait donc illogique que le tribunal autorise une partie à suivre exactement la voie qu'on a voulu éviter, en lui permettant de présenter une preuve quant au taux de rendement qui serait vraisemblablement obtenu grâce à des conseils en placements.

En l'espèce, les deux parties semblent avoir convenu devant la Cour d'appel qu'une projection des valeurs établies au niveau 4 n'est pas inappropriée. À mon avis, les appellants ne peuvent plus chercher à éviter les effets du taux légal ni l'emploi de la

classification recommended by the Commission by claiming a reduction in the fees award.

A policy choice was made by the legislature to allow the parties to avoid the hurdles of evidence on rate of return. In addition to enhancing trial efficiency and saving valuable court time, it is likely that the important concerns of consistency in compensation awards and fairness to victims also motivated the imposition of a deemed rate. The Court must respect this policy choice and refrain from mixing deemed return with potential return achieved. Therefore, not only is the appellants' argument lacking an evidentiary basis as found by the Court of Appeal, but it is also unfounded in law. I now turn to the second question.

II. Basis for Calculation of the Management Fees and Tax Gross-up

The appellants argue that the amount on which tax gross-up and management fees should be calculated is the amount that is closest to the actual amount the victim will eventually invest. As a consequence, deduction should be made for known expenses in order to identify the income-producing fund actually available.

In fixing the award of damages in a tort action, courts rely on many principles. Three of them are of particular relevance to this case. First, there is the principle that damages are assessed and not calculated. The second principle is finality, according to which courts award a one-time lump sum of damages. Finally, the third principle is that the plaintiff has property over the award. I will examine each of these principles and explain how they affect the disposition of this case.

First, damages are assessed and not calculated. Since it is impossible to calculate the exact amount of money that will be needed in the future, courts have to rely on actuarial evidence: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229,

classification recommandée par la Commission en demandant la réduction de l'indemnité accordée au titre des honoraires.

Le législateur a fait un choix politique en permettant aux parties d'éviter les embûches de la preuve du taux de rendement. Outre l'amélioration de l'efficacité du procès et l'économie du temps précieux des tribunaux, la cohérence des indemnités et l'équité envers les victimes ont vraisemblablement aussi joué un rôle important dans la décision d'imposer un taux réputé. Notre Cour doit respecter ce choix politique et se garder de mêler rendement réputé et rendement potentiel. Par conséquent, non seulement l'argument des appellants n'est pas étayé par la preuve, comme l'a conclu la Cour d'appel, mais il est non fondé en droit. J'examinerai maintenant la deuxième question.

II. Base du calcul des honoraires pour services de gestion et de la majoration pour impôt

Selon les appellants, le montant qui doit servir au calcul de la majoration pour impôt et des honoraires est celui qui se rapproche le plus de la somme que placera réellement la victime. Par conséquent, il faudrait déduire les dépenses connues pour en arriver à déterminer le montant du fonds génératrice de revenus dont elle disposerá réellement.

Pour fixer l'indemnité accordée au titre des dommages-intérêts dans une action en matière délictuelle, les tribunaux se fondent sur plusieurs principes. Trois de ces principes sont particulièrement pertinents en l'espèce. Selon le premier principe, les dommages-intérêts sont évalués et non calculés. Le deuxième principe, celui du caractère définitif, veut que les tribunaux adjugent les dommages-intérêts sous forme de somme forfaitaire. Enfin, selon le troisième principe, l'indemnité constitue un bien qui appartient au demandeur. J'examinerai chacun de ces principes et expliquerai leur effet sur l'issue du présent litige.

Premièrement, les dommages-intérêts sont évalués et non calculés. Comme il est impossible de calculer le montant exact dont la victime aura besoin dans l'avenir, les tribunaux doivent s'en remettre à la preuve actuarielle : *Andrews c. Grand*

16

17

18

19

at pp. 236-37. Actuarial evidence is itself based on experience and not on individual circumstances. Future costs and loss of future earnings are amounts that are estimated because, by definition, they are not yet incurred or earned. Although this hypothesis may seek to simulate reality, it remains notional. Courts can only provide the victim with an adequate amount to cover the loss caused by the defendant. There is no assurance that the amount will cover the actual costs of care that become incurred nor is the defendant guaranteed that he or she is not disbursing more than the strict minimum that becomes necessary to cover the victim's loss. In assessing damages, courts do not take into consideration what victims actually do with the award. The fact that the respondent here had to wait for almost five years before management fees were assessed creates an atypical situation, but these exceptional circumstances should not justify a departure of the usual rules. Notional amounts cannot be mixed with actual amounts when assessing future damages.

& *Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, p. 236-237. La preuve actuarielle repose sur l'expérience, et non sur une situation particulière. Les coûts futurs et la perte de revenus futurs sont des montants estimés puisque, par définition, ils ne sont pas encore engagés ou gagnés. Bien qu'une telle hypothèse cherche à imiter la réalité, elle demeure théorique. Les tribunaux ne peuvent accorder à la victime qu'une somme adéquate pour couvrir la perte que lui a causée le défendeur. Rien ne garantit que cette somme couvrira les coûts réels des soins lorsqu'ils seront engagés, ni que le défendeur ne déboursera pas plus que le strict minimum nécessaire pour couvrir la perte de la victime. Lorsqu'ils évaluent les dommages-intérêts, les tribunaux ne tiennent pas compte de la manière dont les victimes utilisent effectivement leur indemnité. En l'espèce, le fait que l'intimée a dû patienter près de cinq ans avant que soient évalués les honoraires pour services de gestion crée une situation atypique, mais ces circonstances exceptionnelles ne devraient pas justifier une dérogation aux règles habituelles. On ne peut mêler montants théoriques et montants réels lors de l'évaluation des dommages-intérêts futurs.

20 Secondly, damages are awarded in a lump sum in order to respect the principle of finality: *Andrews, supra*, at p. 236. According to this principle, there has to be a clean break between the parties. It would be inconsistent with the principle of finality to authorize repeatedly revisiting the amount assessed as full and fair compensation at trial whenever new evidence became available. During the prospective period for which damages are awarded, the hypothesis may prove overly pessimistic for a period but overstated for another period. The award should not be reassessed every time reality reveals a discrepancy with the forecast. Therefore, monitoring the respondent's use of the award or adjusting it with her changing circumstances would create more uncertainty than the present rule, would undermine the purpose of the statutory discount rate, and would improperly interfere with the third principle of damages relevant to this case.

Deuxièmement, les dommages-intérêts prennent la forme d'une somme forfaitaire en conformité avec le principe du caractère définitif : *Andrews, précité*, p. 236. Ce principe commande une rupture nette de la relation entre les parties. Autoriser à répétition la modification du montant de l'indemnisation juste et complète évalué lors du procès, chaque fois qu'une nouvelle preuve peut être obtenue, serait incompatible avec le principe du caractère définitif. Au cours de la période prospective visée par l'indemnité, l'hypothèse pourra parfois sembler trop pessimiste, parfois excessive. L'indemnité ne devrait pas faire l'objet d'une nouvelle évaluation chaque fois que l'on constate un écart entre la réalité et les prévisions. Par conséquent, surveiller la façon dont l'intimée utilise son indemnité ou rajuster l'indemnité au gré de sa situation entraînerait davantage d'incertitude que la règle actuelle, irait à l'encontre de l'objectif visé par le taux légal d'actualisation, et irait indûment à l'encontre du troisième principe pertinent en l'espèce.

This final and most important principle is that the plaintiff has property of the award. The plaintiff is free to do whatever he or she wants with the sum of money awarded: *Andrews, supra*, at pp. 246-47. On this issue, I am in complete agreement with the reasons delivered by Finch C.J.B.C. in the Court of Appeal. He held that it is not relevant to inquire into how the plaintiff chooses to spend the amounts recovered for the assessment of damages for management fees and tax gross-up. Consequently, management fees and tax gross-up are to be assessed based on the first assessment of damages and not according to the amount available for investment as eventually found at some indeterminate future date. In other words, the appropriate basis for calculation is the one determined at trial, without considering what happens thereafter. It is improper for a trial judge to consider what the plaintiff does with awarded damages. As Dickson J., as he then was, wrote in *Andrews, supra*, at pp. 246-47:

It is not for the Court to conjecture upon how a plaintiff will spend the amount awarded to him. There is always the possibility that the victim will not invest his award wisely but will dissipate it. That is not something which ought to be allowed to affect a consideration of the proper basis of compensation within a fault-based system. The plaintiff is free to do with that sum of money as he likes.

This is the principle which the Court of Appeal applied in the case at bar (at paras. 58-59):

In my respectful view, how the plaintiff may choose to spend the amounts recovered on her claim for damages is not relevant to the assessment of damages for management fees and tax gross-up. . . .

. . . How or when the plaintiff may choose to spend her damages after judgment has been given has never been a concern the courts would consider in making damage awards. The awards for management fees and tax gross-up are designed to ensure that the damages assessed for future losses are adequate. The actual expenditure of damages after recovery is not relevant to that assessment.

Selon ce dernier principe, qui est aussi le plus important, l'indemnité constitue un bien qui appartient au demandeur. Celui-ci est libre de faire ce qu'il entend de l'indemnité qui lui a été accordée : *Andrews*, précité, p. 246-247. Sur ce point, je souscris entièrement aux motifs du juge en chef Finch de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Celui-ci a statué qu'il n'est pas pertinent de déterminer comment le demandeur entend utiliser les sommes obtenues au titre des honoraires pour services de gestion et de la majoration pour impôt. Ces honoraires et cette majoration doivent donc être évalués en fonction du montant initial des dommages-intérêts, et non de la somme disponible pour être placée, établie à une date ultérieure indéterminée. En d'autres termes, le montant devant servir au calcul est déterminé au procès, indépendamment de ce qui survient par la suite. Le juge de première instance ne doit pas prendre en considération la façon dont le demandeur entend utiliser son indemnité. Dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) indiquait aux p. 246-247 :

Il n'appartient pas aux tribunaux de se livrer à des conjectures sur l'usage que fera le demandeur de son indemnité. Il est toujours possible que la victime la gaspille au lieu de l'investir prudemment. Dans un système basé sur la faute, on ne doit pas permettre qu'il soit tenu compte de cette possibilité dans la détermination d'une indemnisation équitable. Le demandeur est libre de disposer de son indemnité comme il l'entend.

C'est là le principe qu'a appliqué la Cour d'appel en l'espèce, aux par. 58-59 :

[TRADUCTION] À mon humble avis, la façon dont la demanderesse entend utiliser les sommes obtenues dans le cadre de sa demande n'est pas pertinente dans l'évaluation des dommages-intérêts accordés au titre des honoraires pour services de gestion et de la majoration pour impôt . . .

. . . Les tribunaux n'ont jamais fixé le montant d'une indemnité en se demandant quand et comment la partie demanderesse entendait l'utiliser après le prononcé du jugement. L'octroi d'une somme au titre des honoraires pour services de gestion et de la majoration pour impôt vise à garantir que le montant des dommages-intérêts accordés pour pertes futures soit adéquat. La façon dont la victime dépensera réellement les dommages-intérêts après les avoir obtenus n'est pas pertinente dans cette évaluation.

23 In the case at bar, the victim chose to pay her legal fees and buy a house. There is no principled reason why these expenses should be deducted from the award for costs of future care rather than assuming that other sources can bear the cost. This is particularly important in the case of damages awarded for costs of future care. This head of damages is aimed at ensuring an adequate level of care to a person injured as a result of tortious conduct. To reduce those damages would defeat the very purpose of ensuring decent care and full compensation to a victim. Even if it was demonstrated that legal fees were paid with the future costs award because no other funds were available, such a deduction would be irrelevant and inadmissible. The goal of compensation is to provide the plaintiff with the means to be placed in the position she would have been in had the defendant not committed a tort against her. The plaintiff's future actions do not alter the court's duty to meet this objective.

En l'espèce, la victime a choisi de payer ses frais d'avocat et de s'acheter une maison. Il n'existe aucun motif rationnel de déduire ces dépenses de l'indemnité pour soins futurs, plutôt que de présumer la possibilité de recourir à d'autres sources. Cet élément est particulièrement important dans le cas de l'indemnité destinée à couvrir les coûts des soins futurs. Ce type de dommages-intérêts vise à garantir que la victime d'une conduite délictuelle bénéficiera de soins adéquats. Réduire ces dommages-intérêts irait directement à l'encontre de l'objectif d'assurer à la victime un niveau de soins acceptable et une indemnisation complète. Même si l'on démontrait que l'indemnité accordée au titre des coûts futurs a servi à payer les frais d'avocat parce que la victime n'avait pas d'autres fonds disponibles, une telle déduction serait non pertinente et inadmissible. L'indemnisation vise à donner à la partie demanderesse les moyens d'être replacée dans la situation où elle se trouverait si la partie défenderesse n'avait pas commis de délit qui lui cause un préjudice. Les actes qu'accomplira la partie demanderesse dans l'avenir ne modifient en rien le devoir des tribunaux de se conformer à cet objectif.

24 Moreover, an impecunious person should not be penalized for using part of the damages to accord with his or her priorities. On the reasoning advanced by the appellants, a victim in a position to pay his or her legal fees with personal money would always receive the amount required for tax gross-up and management fees whereas an impecunious person would always receive a reduced amount. This distinction is repugnant to the law. The damages are part of the plaintiff's assets as much as any other sum of money. As a matter of fairness, every victim must be compensated on the same basis and no distinction should be made between a plaintiff who can pay out of savings and a plaintiff who has to resort to the damages awarded to pay legal fees.

Qui plus est, il ne faut pas qu'une partie démunie soit pénalisée pour avoir utilisé une partie de son indemnité conformément à ses priorités. Si l'on retenait le raisonnement des appellants, la victime qui peut payer ses frais d'avocat avec son propre argent recevrait toujours le montant nécessaire au titre de la majoration pour impôt et des honoraires pour services de gestion, alors que celle qui est démunie recevrait toujours un montant réduit. Pareille distinction est inconciliable avec le droit. Les dommages-intérêts font partie des avoirs du demandeur au même titre que toute autre somme. En toute équité, l'indemnisation accordée à la victime doit être établie sur le même fondement, sans distinction, qu'elle puisse payer ses frais d'avocat en puisant dans ses économies ou qu'elle doive recourir à l'indemnité que le tribunal lui a accordée pour les payer.

25 In light of the above, the appellants' arguments cannot be accepted. No reduction of the management fees is allowed and the amounts spent by the respondent on her legal fees and for the purchase of a house should not be deducted from the amount

Compte tenu de ce qui précède, les arguments des appellants ne peuvent être retenus. Aucune réduction des honoraires pour services de gestion n'est autorisée et les montants utilisés par l'intimée pour ses frais d'avocat et l'achat de sa maison ne doivent pas

upon which management fees and tax gross-up are calculated.

III. Conclusion

Accordingly, as was decided from the bench on December 2, 2003, the appeal is dismissed. In accordance with rule 37(23) of the *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, as amended, the respondent is awarded costs up until the date of the formal offer in 1994 and double costs from that date.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gordon & Vellella, Victoria.

être déduits du montant servant à calculer les honoraires pour services de gestion et la majoration pour impôt.

III. Conclusion

Par conséquent, conformément au jugement prononcé à l'audience le 2 décembre 2003, le pourvoi est rejeté. Suivant la règle 37(23) des *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, modifiées, l'intimée a droit à ses dépens jusqu'à la date de l'offre formelle faite en 1994 et au double de ses dépens à partir de cette date.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appellants : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Gordon & Vellella, Victoria.

Russell Alan Kehler *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KEHLER

Neutral citation: 2004 SCC 11.

File No.: 29755.

Hearing and judgment: January 15, 2004.

Reasons delivered: February 19, 2004.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Criminal law — Evidence — Corroboration — Accomplices — Accused charged with armed robberies — Evidence of accomplice corroborated as to robbery but not as to identity of accused — Where identity only issue at trial, whether corroboration must implicate accused.

The sole issue in this appeal as of right concerned the trial judge's application of the principles laid down in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. The accused was convicted on three counts concerning an armed robbery and the trial judge, as the testimony of a disreputable accomplice was the only evidence linking the accused to the crime, had looked for corroboration before acting on it. Independent evidence confirmed the account of the robbery and the witness's involvement in it but did not implicate the accused. The trial judge, nevertheless, found that the confirmatory evidence was sufficient to persuade him that the witness was telling the truth. A majority of the Court of Appeal decided that the trial judge had committed no error warranting appellate intervention.

Held: The appeal should be dismissed.

The trial judge instructed himself in accordance with *Vetrovec*. While confirmatory evidence should be capable of restoring the trier's faith in relevant aspects of the witness's account, "relevant" should not be equated with "disputed". The independent evidence does not have to implicate the accused. There is no separate rule in this

Russell Alan Kehler *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. KEHLER

Référence neutre : 2004 CSC 11.

Nº du greffe : 29755.

Audition et jugement : 15 janvier 2004.

Motifs déposés : 19 février 2004.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps et Fish.

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

Droit criminel — Preuve — Corroboration — Complices — Accusé inculpé de vols à main armée — Témoignage du complice corroboré quant au vol qualifié, mais non quant à l'identité de l'accusé — La corroboration doit-elle impliquer l'accusé lorsque l'identité est la seule question qui se pose au procès?

Le seul point litigieux dans le présent pourvoi de plein droit concerne l'application par le juge du procès des principes établis dans l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. L'accusé a été reconnu coupable relativement à deux chefs d'accusation concernant un vol à main armée et, comme le témoignage d'un complice de mauvaise réputation constituait la seule preuve reliant l'accusé au crime, le juge du procès a vérifié s'il était corroboré avant d'y ajouter foi. Une preuve indépendante confirmait le récit que le témoin avait fait du vol ainsi que sa propre participation à ce vol, mais n'impliquait pas l'accusé. Le juge du procès a néanmoins conclu que cette preuve confirmative suffisait à le convaincre que le témoin disait la vérité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont décidé que le juge du procès n'avait commis aucune erreur justifiant une intervention en appel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge du procès a appliqué des règles de droit conformes à l'arrêt *Vetrovec*. Bien que la preuve confirmative doive permettre de rétablir la confiance du juge des faits à l'égard des aspects pertinents du récit du témoin, il faut éviter de confondre « pertinent » et « contesté ». La preuve indépendante n'a pas à impliquer l'accusé.

regard for cases where the only evidence of the accused's participation in the offence is that of a tainted witness. Triers of fact will not lightly accept unsupported assertions by a disreputable witness where nothing but his or her word implicates the accused in the commission of the crime charged. Where a particular risk attaches to one critical element of that evidence, the trier of fact must be satisfied that the witness's potentially unreliable evidence can be relied upon as truthful in that regard. Having considered the totality of the evidence, the trier of fact is entitled to believe the evidence of the disreputable witness — even on disputed facts that are not otherwise confirmed — if the trier is satisfied that the witness, despite his or her shortcomings, is truthful. Here, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt on the evidence as a whole that the accused had participated in the robbery. In reaching that conclusion, the trial judge instructed himself correctly in law and committed no reviewable error on the facts.

Cases Cited

Applied: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; **referred to:** *Director of Public Prosecutions v. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 675(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [2003] 7 W.W.R. 731, 15 Alta. L.R. (4th) 24, 327 A.R. 66, 296 W.A.C. 66, 178 C.C.C. (3d) 83, [2003] A.J. No. 387 (QL), 2003 ABCA 104, affirming a decision of the Court of Queen's Bench, 2001 CarswellAlta 1879. Appeal dismissed.

Marvin R. Bloos, Q.C., for the appellant.

James A. Bowron, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I. Introduction

This appeal comes to the Court as of right on the strength of a dissent in the Court of Appeal for Alberta ([2003] 7 W.W.R. 731, 2003 ABCA 104).

À ce propos, aucune règle distincte ne s'applique aux affaires dans lesquelles l'unique preuve de la participation de l'accusé émane d'un témoin suspect. Le juge des faits n'acceptera pas à la légère les affirmations non étayées d'un témoin de mauvaise réputation lorsque seule la parole du témoin implique l'accusé dans le crime reproché. Lorsqu'un élément crucial de cette déposition présente un risque particulier, le juge des faits doit être convaincu que la déposition potentiellement douteuse du témoin est fiable à cet égard. Même en présence de faits contestés qui ne sont pas par ailleurs confirmés, le juge des faits peut, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, ajouter foi à la déposition du témoin de mauvaise réputation s'il est persuadé que, malgré ses faiblesses ou ses défauts, ce témoin dit la vérité. En l'espèce, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait participé au vol en question. En arrivant à cette conclusion, le juge du procès a appliqué les bonnes règles de droit et n'a commis, dans son interprétation des faits, aucune erreur donnant ouverture à révision.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; **arrêt mentionné :** *Director of Public Prosecutions c. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 675(1)a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [2003] 7 W.W.R. 731, 15 Alta. L.R. (4th) 24, 327 A.R. 66, 296 W.A.C. 66, 178 C.C.C. (3d) 83, [2003] A.J. No. 387 (QL), 2003 ABCA 104, confirmant une décision de la Cour du Banc de la Reine, 2001 CarswellAlta 1879. Pourvoi rejeté.

Marvin R. Bloos, c.r., pour l'appellant.

James A. Bowron, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I. Introduction

Le présent pourvoi de plein droit émane de la dissidence d'un juge de la Cour d'appel de l'Alberta ([2003] 7 W.W.R. 731, 2003 ABCA 104).

2 The dissent concerned the application by the trial judge of the principles laid down in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

3 At the conclusion of the hearing, we agreed with the majority in the Court of Appeal that the trial judge had instructed himself in accordance with *Vetrovec* and, in deciding as he did, committed no error warranting appellate intervention.

4 Accordingly, we dismissed the appeal, with reasons to follow.

II. Overview

5 Russell Alan Kehler was acquitted on October 16, 2001 by Sanderman J. of the Court of Queen's Bench of Alberta, on several counts relating to four armed robberies in Edmonton. He was at the same time convicted, however, on three counts concerning an armed robbery committed at Red Deer on July 13, 2000.

6 The only evidence implicating the appellant in any of these offences was that of Vincent Greenwood, who testified that he and the appellant had committed the robbery together.

7 At the conclusion of the trial, Sanderman J. noted that Mr. Greenwood was not only a recidivist and an accomplice, but also a confirmed liar, a drug dealer and a consumer of drugs himself. Understandably, Sanderman J. therefore felt bound "to view his evidence with a tremendous amount of scepticism and look for corroboration before [he] could act upon it" (2001 CarswellAlta 1879, at para. 19).

8 It is undisputed that there was independent evidence confirming Mr. Greenwood's account of the robbery and his own involvement in it. None of this evidence, however, implicated the appellant.

9 The trial judge nonetheless found that the confirmatory evidence was sufficient to persuade him, but only as regards the robbery at Red Deer, that Mr. Greenwood was telling the truth. He noted at

Cette dissidence concernait l'application par le juge du procès des principes établis dans l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

Au terme de l'audience, nous avons souscrit à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel voulant que le juge du procès ait appliqué des règles de droit conformes à l'arrêt *Vetrovec*, et que, dans sa décision, il n'ait commis aucune erreur justifiant une intervention en appel.

Nous avons donc rejeté le pourvoi en précisant que les motifs seraient déposés ultérieurement.

II. Aperçu des faits

Le 16 octobre 2001, le juge Sanderman, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, a acquitté Russell Alan Kehler relativement à plusieurs chefs d'accusation concernant quatre vols à main armée commis à Edmonton. Monsieur Kehler a toutefois été reconnu coupable relativement à trois chefs d'accusation concernant un vol à main armée commis à Red Deer, le 13 juillet 2000.

La seule preuve reliant l'appelant à l'une ou l'autre de ces infractions émanait de Vincent Greenwood, qui a témoigné avoir commis le vol avec l'appelant.

À l'issue du procès, le juge Sanderman a souligné que M. Greenwood était non seulement un récidiviste et un complice, mais encore un menteur invétéré et un trafiquant de drogue, en plus d'être lui-même un consommateur de drogue. Le juge Sanderman se sentait donc naturellement tenu [TRADUCTION] « d'aborder son témoignage avec la plus grande circonspection et de vérifier s'il était corroboré avant d'y ajouter foi » (2001 CarswellAlta 1879, par. 19).

Nul ne conteste l'existence d'une preuve indépendante confirmant le récit que M. Greenwood a fait du vol ainsi que sa propre participation à ce vol. Cependant, cette preuve n'implique pas l'appelant.

Le juge du procès a néanmoins conclu que cette preuve confirmative suffisait à le convaincre que M. Greenwood disait la vérité, mais uniquement en ce qui concernait le vol de Red Deer. Il a fait remarquer,

para. 20 that Mr. Greenwood had not received a “sweetheart deal” from either the police or the Crown. In the judge’s view, the witness had in fact “received no great benefit as a result of his cooperation with the authorities in this case” (para. 20).

There is no suggestion that the trial judge misapprehended the evidence in this regard.

The decisive issue in this Court is whether the trial judge erred in law in applying *Vetrovec*, *supra*, as he did. That is the sole issue upon which the Court of Appeal divided. This appeal as of right is therefore limited by its scope: see s. 675(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

III. Discussion

The appellant concedes, at para. 11 of his factum, that “confirmatory evidence”, in the sense that concerns us here, “need not directly implicate the accused or confirm the Crown witness’ evidence in every respect”. In his submission, however, “the evidence should . . . be capable of restoring the trier’s faith in the relevant aspects of the witness’ account” (emphasis added).

As a matter both of law and of logic, we agree with that submission.

The appellant argues that the only relevant aspect of Mr. Greenwood’s evidence relates to the implication of the appellant in the Red Deer robbery. He contends that the legal test, applied contextually, therefore required confirmatory evidence implicating the appellant. Nothing less, he says, could rationally restore the trier’s faith in the relevant aspects of Mr. Greenwood’s account.

The appellant wrongly equates “relevant” with “disputed”. Mr. Greenwood’s detailed account of the robbery, though undisputed, was no less “relevant” to the offences charged than his implication of the appellant in their commission. And while confirmatory evidence should be capable of restoring

au par. 20, que M. Greenwood n’avait pas reçu de [TRADUCTION] « cadeau » de la police ou du ministère public. Selon le juge, le témoin n’avait, en fait, « tiré aucun avantage important de sa collaboration avec les autorités en l’espèce » (par. 20).

Rien n’indique que le juge du procès a mal saisi la preuve à cet égard.

La question décisive que doit trancher notre Cour est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans son application de l’arrêt *Vetrovec*, précité. Il s’agit là du seul point sur lequel la Cour d’appel était partagée. Le présent pourvoi de plein droit est donc restreint de par sa portée : voir l’al. 675(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

III. Analyse

L’appelant concède, au par. 11 de son mémoire, que la [TRADUCTION] « preuve confirmative », au sens qui nous intéresse en l’espèce, « n’a pas à impliquer directement l’accusé ou à confirmer à tous égards la déposition du témoin à charge ». Toutefois, il fait valoir que « la preuve devrait [...] permettre de rétablir la confiance du juge des faits à l’égard des aspects pertinents du récit du témoin » (je souligne).

Nous souscrivons à cet argument tant pour des motifs relevant du droit que pour des motifs relevant de la logique.

Selon l’appelant, le seul aspect pertinent du témoignage de M. Greenwood concerne l’implication de l’appelant dans le vol de Red Deer. Il soutient que, par conséquent, si on l’applique au contexte, le critère juridique applicable requiert une preuve confirmative impliquant l’appelant. Rien de moins, dit-il, ne saurait logiquement permettre de rétablir la confiance du juge des faits à l’égard des aspects pertinents du récit de M. Greenwood.

L’appelant confond à tort « pertinent » et « contesté ». Même s’il n’est pas contesté, le récit détaillé que M. Greenwood a fait du vol n’est pas moins « pertinent » — quant aux infractions reprochées — que le fait que ce témoin implique l’appelant dans la perpétration de ces infractions. En outre, bien

the trier's faith in relevant aspects of the witness's account, it hardly follows that the confirmatory evidence must, as a matter of law, implicate the accused where the only disputed issue at trial is whether the accused was a participant in the crimes alleged.

16 As the appellant himself concedes, it is clear from *Vetrovec*, *supra*, that independent evidence, to be considered confirmatory, does not have to implicate the accused. There is no separate rule in this regard for cases where the only evidence of the accused's participation in the offence is that of a tainted witness.

17 We recognize, of course, that triers of fact will not lightly accept unsupported assertions by a disreputable or unsavoury witness where nothing but the word of that witness implicates the accused in the commission of the crime charged. The danger of founding a conviction on such assertions alone is the very reason for requiring the "clear and sharp warning" mandated in those circumstances by *Vetrovec*, *supra*, at p. 831.

18 The purpose of that warning, moreover, is "to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the [otherwise unreliable] witness" (*ibid.*) concerning the guilt of the accused.

19 Thus, speaking for the Court in *Vetrovec*, *supra*, at p. 829, Dickson J. (later C.J.) cited with approval Lord Diplock's observation in *Director of Public Prosecutions v. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056 (H.L.), at p. 1073:

What is looked for under the common law rule is confirmation from some other source that the suspect witness is telling the truth in some part of his story which goes to show that the accused committed the offence with which he is charged. [Emphasis added.]

And, at pp. 832-33, Dickson J. explained:

... The question that must be kept in mind is: does this supporting evidence strengthen our belief that Langvand [the tainted witness] is telling the truth?

qu'elle doive permettre de rétablir la confiance du juge des faits à l'égard des aspects pertinents du récit du témoin, il ne s'ensuit guère que la preuve confirmative doit, juridiquement parlant, impliquer l'accusé lorsque la seule question contestée au procès est celle de la participation de l'accusé à la perpétration des crimes reprochés.

Comme le reconnaît l'appelant lui-même, il ressort clairement de l'arrêt *Vetrovec*, précité, que, pour être confirmative, la preuve indépendante n'a pas à impliquer l'accusé. À ce propos, aucune règle distincte ne s'applique aux affaires dans lesquelles l'unique preuve de la participation de l'accusé émane d'un témoin suspect.

Certes, nous reconnaissions que le juge des faits n'acceptera pas à la légère les affirmations non étayées d'un témoin de mauvaise réputation ou doux lorsque seule la parole du témoin implique l'accusé dans le crime reproché. Le danger de fonder une déclaration de culpabilité exclusivement sur de telles affirmations est la raison même pour laquelle on exige la « mise en garde claire et précise » que l'arrêt *Vetrovec*, précité, p. 831, commande dans ces circonstances.

De plus, cette mise en garde vise à « attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin [par ailleurs peu digne de foi] sans plus de précautions » (*ibid.*) pour établir la culpabilité de l'accusé.

C'est ainsi que, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Vetrovec*, précité, p. 829, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) cite avec approbation l'observation suivante de lord Diplock dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056 (H.L.), p. 1073 :

[TRADUCTION] Ce qu'on recherche, d'après la règle de *common law*, c'est la confirmation, à partir d'autres sources, que le témoin suspect dit la vérité quant à un aspect de sa version qui démontre que c'est l'accusé qui a commis l'infraction dont il est inculpé. [Je souligne.]

Le juge Dickson explique ensuite, aux p. 832-833 :

... La question qu'il faut avoir présente à l'esprit est la suivante : cette preuve complémentaire renforce-t-elle notre conviction que Langvand [le témoin suspect] dit la vérité?

The answer to this question can only be in the affirmative. Langvand had testified as to a trip to Hong Kong in 1975 for the purpose of purchasing and importing heroin. The supporting evidence strongly implicated the accused in illegal drug trafficking. As Mr. Justice Seaton noted in the Court below, the supporting evidence against Gaja [co-accused with Vetrovec] would, considered alone, have been sufficient to support his conviction on the charge. As for the appellant Vetrovec, the material found in his apartment all pointed to his participation in illegal drug trafficking (see the evidence on this point of Sgt. Domansky, at trial). The items of evidence were, to use the phrase of Mr. Justice Seaton, "badges of membership in this conspiracy". All of this incriminating evidence, when considered together, strongly strengthens the belief that Langvand was telling the truth regarding the participation of Vetrovec and Gaja. It rebuts any suggestion that he is falsely implicating innocent individuals. The fact that this supporting evidence does not directly relate to the other overt acts testified to by Langvand is irrelevant. The evidence is capable of inducing a rational belief that Langvand is telling the truth and is for that reason corroborative. It seems to me that the point was covered in *R. v. Bulleyment* (1979), 46 C.C.C. (2d) 429 (Ont. C.A.), and in my view that case was correctly decided. [Emphasis added.]

Where a particular risk attaches to one critical element of the evidence of "an accomplice, or a disreputable witness of demonstrated moral lack" (*Vetrovec, supra*, at p. 832), the trier of fact must be satisfied that the "potentially unreliable" evidence of the witness can be relied upon as truthful in that regard.

Such a risk may arise, for example, where there is any basis in the record for suggesting that the unsupported evidence of an accomplice, though evidently truthful as to his own participation in the offence charged, is for any reason subject to particular caution as regards his implication of the accused.

However, even then, having considered the totality of the evidence, the trier of fact is entitled to believe the evidence of the disreputable witness — even on disputed facts that are not otherwise confirmed — if the trier is satisfied that the witness, despite his or her frailties or shortcomings, is truthful.

La réponse à cette question ne peut être qu'affirmative. Langvand a parlé dans son témoignage d'un voyage effectué en 1975 à Hong Kong dans le but d'acheter et importer de l'héroïne. La preuve complémentaire implique directement l'accusé dans un trafic illégal de drogue. Comme le fait remarquer le juge Seaton en Cour d'appel, la preuve complémentaire contre Gaja [le coaccusé de Vetrovec] aurait suffi, à elle seule, à justifier sa déclaration de culpabilité. Quant à l'appellant Vetrovec, les objets trouvés dans son appartement ont tous un rapport avec sa participation à un trafic illégal de drogue. (Voir le témoignage du sergent Domansky sur ce point, au procès.) Les éléments de preuve constituent selon les mots du juge Seaton [TRADUCTION] « sa carte de membre du complot ». Toute cette preuve incriminante, prise dans son ensemble, renforce grandement la conviction que Langvand dit la vérité à propos de la participation de Vetrovec et de Gaja au complot. La preuve écarte tout doute que Langvand puisse impliquer faussement des innocents. L'absence de rapport direct entre la preuve complémentaire et les actes manifestes au sujet desquels Langvand a témoigné est sans importance. La preuve est susceptible de faire naître une conviction logique que Langvand dit la vérité et pour ce motif elle constitue une corroboration. Je crois que l'arrêt *R. v. Bulleyment* (1979), 46 C.C.C. (2d) 429 (C.A. Ont.) porte sur ce point et, selon moi, c'est un arrêt bien fondé. [Je souligne.]

Lorsqu'un élément crucial de la déposition « [d'un] complice [ou d'un] témoin de mauvaise réputation dont l'absence de moralité est notoire » (*Vetrovec*, précité, p. 832) présente un risque particulier, le juge des faits doit être convaincu que la déposition potentiellement douteuse du témoin est fiable à cet égard.

Un tel risque peut exister, par exemple, lorsque le dossier indique que le témoignage non étayé d'un complice — dans lequel celui-ci dit manifestement la vérité quant à sa propre participation à l'infraction reprochée — doit, pour une raison quelconque, être abordé avec beaucoup de prudence dans la mesure où il implique l'accusé.

Là encore, même en présence de faits contestés qui ne sont pas par ailleurs confirmés, le juge des faits peut, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, ajouter foi à la déposition du témoin de mauvaise réputation s'il est persuadé que, malgré ses faiblesses ou ses défauts, ce témoin dit la vérité.

20

21

22

- 23 That was the case here.
- 24 The trial judge explained with care why he considered that Mr. Greenwood was a disreputable and unreliable witness. Quite properly, he then gave himself a “clear and sharp warning”, in accordance with *Vetrovec*.
- 25 The trial judge was alert to the inherent danger of relying on evidence given by accomplices who have received — or hope to receive — lenient sentences for themselves, or some other personal advantage.
- 26 The trial judge was alert as well to the need for confirmatory evidence to satisfy himself that Mr. Greenwood was testifying truthfully as regards the appellant’s participation in the robberies which Mr. Greenwood claimed to have committed with him in Edmonton and in Red Deer.
- 27 Mr. Greenwood’s credibility was a matter for the trial judge alone to determine.
- 28 After considering the confirmatory evidence before him, the trial judge, for reasons he explained, found that he could not safely rely on Mr. Greenwood’s implication of the appellant in the Edmonton robberies. He therefore acquitted the appellant on the corresponding counts of the indictment.
- 29 Comforted by the confirmatory facts he mentioned, however, the judge felt that he could safely accept Mr. Greenwood’s evidence regarding the robbery in Red Deer. On the evidence as a whole — uncontradicted and unexplained, we might add — he was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant had participated in that robbery.
- 30 In reaching that conclusion, the trial judge instructed himself correctly in law and committed no reviewable error on the facts.
- IV. Conclusion
- 31 It was for these reasons that the appeal was dismissed at the conclusion of the hearing on January 15, 2004.
- Telle était la situation en l’espèce.
- Le juge du procès a bien expliqué pourquoi il considérait que M. Greenwood était un témoin de mauvaise réputation et peu digne de foi. C’est avec raison qu’il s’est alors fait une « mise en garde claire et précise » conformément à l’arrêt *Vetrovec*.
- Le juge du procès était conscient du danger de se fier au témoignage d’un complice qui a obtenu — ou espère obtenir — une peine clémence ou quelque autre avantage personnel.
- Le juge du procès était également conscient de la nécessité de disposer d’une preuve confirmative qui le convaincrait que, dans son témoignage, M. Greenwood a dit la vérité quant à la participation de l’appelant aux vols que M. Greenwood lui-même prétendait avoir commis avec lui à Edmonton et à Red Deer.
- Il appartenait au juge du procès et à lui seul d’apprécier la crédibilité de M. Greenwood.
- Après avoir examiné la preuve confirmative qui lui avait été soumise, le juge du procès a expliqué pourquoi il ne pouvait pas s’en remettre, sans risque d’erreur, au témoignage dans lequel M. Greenwood impliquait l’appelant dans les vols commis à Edmonton. Il a donc acquitté l’appelant relativement aux chefs d’accusation portés à ce sujet.
- Rassuré par les faits confirmatifs qu’il a mentionnés, le juge a toutefois estimé qu’il pouvait retenir, sans risque d’erreur, le témoignage de M. Greenwood concernant le vol commis à Red Deer. Après avoir examiné l’ensemble de la preuve — non contredite et inexplicable, pourrions-nous ajouter —, le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable que l’appelant avait participé à ce vol.
- En arrivant à cette conclusion, le juge du procès a appliqué les bonnes règles de droit et n’a commis, dans son interprétation des faits, aucune erreur donnant ouverture à révision.
- IV. Conclusion
- Ce sont là les motifs pour lesquels le pourvoi a été rejeté au terme de l’audience du 15 janvier 2004.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Beresh Depoe Cunningham, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Justice, Edmonton.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Beresh Depoe Cunningham, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Alberta Justice, Edmonton.

C.U. *Applicant**v.***Marley McGonigle and the Director of Child Welfare for the Province of Alberta Respondents****INDEXED AS: C.U. v. ALBERTA (DIRECTOR OF CHILD WELFARE)****Neutral citation: 2004 SCC 12.**

File No.: 29432.

2004: February 19.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Arbour and Fish JJ.

AMENDED MOTION FOR RECONSIDERATION OF APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Leave to appeal — Retired judges — Judge retiring after application for leave to appeal submitted to his panel — Judgment released six weeks after judge's retirement — Whether retired judge can participate in judgment on leave application — Judges Act, R.S.C. 1985, c. J-1, s. 41.1(1).

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Judges Act and to amend another Act in consequence, S.C. 2001, c. 7, s. 20.

Judges Act, R.S.C. 1985, c. J-1, s. 41.1(1) [ad. 2001, c. 7, s. 20].

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 27(1) [rep. & sub. c. 34 (3rd Supp.), s. 2], (2).

AMENDED MOTION FOR RECONSIDERATION of an application for leave to appeal. Motion dismissed.

Written submissions by *David C. Day, Q.C.*, and *Shane H. Brady*, for the applicant.

Written submissions by *G. Alan Meikle, Q.C.*, and *Margaret Unsworth*, for the respondents.

The following is the judgment delivered by

¹ THE COURT — On September 18, 2003, a panel of this Court composed of Gonthier, Major and

C.U. *Requérante**c.***Marley McGonigle et Director of Child Welfare de la province de l'Alberta Intimés****RÉPERTORIÉ : C.U. c. ALBERTA (DIRECTOR OF CHILD WELFARE)****Référence neutre : 2004 CSC 12.**

N° du greffe : 29432.

2004 : 19 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Arbour et Fish.

REQUÊTE MODIFIÉE EN RÉEXAMEN D'UNE DEMANDE D'AUTORISATION D'APPEL

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Autorisation d'appel — Juges retraités — Départ à la retraite d'un juge après la présentation d'une demande d'autorisation d'appel à la formation dont il était membre — Jugement déposé six semaines après le départ à la retraite du juge — Le juge retraité peut-il participer au jugement relatif à une demande d'autorisation? — Loi sur les juges, L.R.C. 1985, ch. J-1, art. 41.1(1).

Lois et règlements cités

Loi modifiant la Loi sur les juges et une autre loi en conséquence, L.C. 2001, ch. 7, art. 20.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 27(1) [abr. & rempl. ch. 34 (3^e suppl.), art. 2], (2).

Loi sur les juges, L.R.C. 1985, ch. J-1, art. 41.1(1) [aj. 2001, ch. 7, art. 20].

REQUÊTE MODIFIÉE EN RÉEXAMEN d'une demande d'autorisation d'appel. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *David C. Day, c.r.*, et *Shane H. Brady*, pour la requérante.

Argumentation écrite par *G. Alan Meikle, c.r.*, et *Margaret Unsworth*, pour les intimés.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Le 18 septembre 2003, une formation de la Cour, composée des juges Gonthier, Major

Arbour JJ. dismissed an application for leave to appeal brought by the applicant. The applicant now applies for reconsideration of her application for leave to appeal.

In her amended notice of motion for reconsideration of application for leave to appeal, the applicant argues that, in view of Gonthier J.'s retirement on August 1, 2003, this Court did not have jurisdiction to dismiss her application for leave to appeal on September 18, 2003. The applicant submits that s. 27(2) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, applies only to appeals and not to applications for leave to appeal. In the alternative, the applicant submits that her application for leave to appeal was not "heard" prior to August 1, 2003.

Section 27(2) must be read in conjunction with s. 27(1) of the *Supreme Court Act*. These provisions read as follows:

27. (1) A judge who has heard a case for which judgment is delivered pursuant to paragraph 26(1)(a) and who is absent from the delivery of judgment may sign a copy of the opinion with which the judge concurs or, where the judge has written an opinion, give the opinion to a judge present at the delivery of judgment, which concurrence or opinion shall be announced or read in open court and then left with the Registrar or reporter of the Court.

(2) A judge who has resigned the office of judge, or who has ceased to hold office under section 9, shall, within six months thereafter, for the purposes of this section, be deemed to be absent at the delivery of judgment in any case heard by that judge in which judgment has not been delivered during his tenure of office.

For the reasons that follow, however, it is unnecessary, in our view, to deal with the applicant's arguments under s. 27(2) of the *Supreme Court Act*.

Section 41.1(1) of the *Judges Act*, R.S.C. 1985, c. J-1, adopted in 2001 by s. 20 of *An Act to amend the Judges Act and to amend another Act in consequence*, S.C. 2001, c. 7, disposes of this matter. This provision represents Parliament's most recent expression of intent in this area and reads as follows:

et Arbour, a rejeté la demande d'autorisation d'appel présentée par la requérante. Cette dernière sollicite maintenant le réexamen de cette demande.

Dans son avis de requête modifié en réexamen de la demande d'autorisation d'appel, la requérante prétend que, compte tenu du départ à la retraite du juge Gonthier le 1^{er} août 2003, la Cour n'avait pas compétence pour rejeter sa demande d'autorisation d'appel le 18 septembre 2003. La requérante plaide que le par. 27(2) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, s'applique uniquement aux appels et non aux demandes d'autorisation d'appel. Elle soutient subsidiairement que sa demande d'autorisation n'a pas été « entendue » avant le 1^{er} août 2003.

Le paragraphe 27(2) de la *Loi sur la Cour suprême* doit être lu en corrélation avec le par. (1) du même article. Voici le texte de ces dispositions :

27. (1) Dans le cas de l'application de l'alinéa 26(1)a), le juge ayant instruit l'affaire mais absent lors du prononcé du jugement peut signer une copie de l'exposé des motifs auxquels il souscrit ou remettre à un juge qui sera présent à l'audience publique le texte de l'exposé de ses propres motifs. Communication est faite à l'audience de son accord ou de son exposé, l'un ou l'autre étant ensuite consigné par le registraire ou l'arrêteur de la Cour.

(2) Pour l'application du présent article, lorsque le jugement d'une affaire entendue par lui est rendu après qu'il a démissionné ou cessé d'exercer sa charge en raison de l'article 9, le juge intéressé est assimilé, pour les six mois qui suivent sa cessation de fonction, à un juge absent lors du prononcé du jugement.

Toutefois, pour les motifs qui suivent, il n'est pas nécessaire à notre avis de se pencher sur les arguments de la requérante fondés sur le par. 27(2) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Le paragraphe 41.1(1) de la *Loi sur les juges*, L.R.C. 1985, ch. J-1, édicté en 2001 par l'art. 20 de la *Loi modifiant la Loi sur les juges et une autre loi en conséquence*, L.C. 2001, ch. 7, tranche la question. Cette disposition, qui constitue l'expression la plus récente de l'intention du législateur à cet égard, est rédigée ainsi :

41.1 (1) A judge of the Supreme Court of Canada who has retired may, with the approval of the Chief Justice of Canada, continue to participate in judgments in which he or she participated before retiring, for a period not greater than six months after the date of the retirement.

6 In our view, it is evident that s. 41.1(1) of the *Judges Act* applies equally to applications for leave to appeal and appeals.

7 The applicant's application for leave to appeal was submitted to Gonthier, Major and Arbour JJ. on July 14, 2003, prior to Gonthier J.'s retirement. Judgment was subsequently issued on September 18, 2003, well within the six-month window established by s. 41.1(1) of the *Judges Act*. As a result, we are all of the view that under s. 41.1(1) of the *Judges Act*, Gonthier J. was entitled to participate in the judgment dismissing the application for leave to appeal.

8 We are further of the view that the applicant's other arguments do not warrant reconsideration of her application for leave to appeal.

9 The motion for leave to file an amended notice of motion for reconsideration of application for leave to appeal is granted and the amended motion for reconsideration of application for leave to appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the applicant: Lewis, Day, St. John's, Newfoundland; W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

Solicitor for the respondents: Alberta Justice, Edmonton.

41.1 (1) Tout juge de la Cour suprême du Canada qui prend sa retraite peut, avec l'autorisation du juge en chef du Canada, continuer de participer aux jugements auxquels il participait avant sa retraite pendant une période maximale de six mois après celle-ci.

Il est évident, selon nous, que le par. 41.1(1) de la *Loi sur les juges* s'applique autant aux demandes d'autorisation d'appel qu'aux appels.

La demande d'autorisation d'appel de la requérante a été soumise aux juges Gonthier, Major et Arbour le 14 juillet 2003, soit avant le départ à la retraite du juge Gonthier. Jugement a par la suite été rendu le 18 septembre 2003, bien à l'intérieur de la période de six mois prévue par le par. 41.1(1) de la *Loi sur les juges*. En conséquence, nous sommes tous d'avis que le juge Gonthier pouvait, en vertu du par. 41.1(1) de la *Loi sur les juges*, participer au jugement rejetant la demande d'autorisation d'appel.

Nous sommes également d'avis que les autres arguments de la requérante ne justifient pas le réexamen de sa demande d'autorisation d'appel.

La requête sollicitant l'autorisation de déposer un avis de requête modifié en réexamen de la demande d'autorisation d'appel est accueillie et la requête modifiée en réexamen de la demande d'autorisation d'appel est rejetée.

Jugement en conséquence.

Procureurs de la requérante : Lewis, Day, St. John's, Terre-Neuve; W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

Procureur des intimés : Justice Alberta, Edmonton.

Law Society of Upper Canada *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

CCH Canadian Limited *Respondent/
Appellant on cross-appeal*

and between

Law Society of Upper Canada *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

**Thomson Canada Limited c.o.b.
as Carswell Thomson Professional
Publishing** *Respondent/Appellant on
cross-appeal*

and between

Law Society of Upper Canada *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

Canada Law Book Inc. *Respondent/Appellant
on cross-appeal*

and

**Federation of Law Societies of Canada,
Canadian Publishers' Council and
Association of Canadian Publishers,
Société québécoise de gestion collective
des droits de reproduction (COPIBEC)
and Canadian Copyright Licensing
Agency (Access Copyright)** *Intervenors*

**INDEXED AS: CCH CANADIAN LTD. v. LAW SOCIETY
OF UPPER CANADA**

Neutral citation: 2004 SCC 13.

Barreau du Haut-Canada *Appellant/Intimé
au pourvoi incident*

c.

CCH Canadienne Limitée *Intimée/Appelante
au pourvoi incident*

et entre

Barreau du Haut-Canada *Appellant/Intimé
au pourvoi incident*

v.

**Thomson Canada Limitée, faisant affaire
sous la raison sociale Carswell Thomson
Professional Publishing** *Intimée/Appelante
au pourvoi incident*

et entre

Barreau du Haut-Canada *Appellant/Intimé
au pourvoi incident*

v.

Canada Law Book Inc. *Intimée/Appelante au
pourvoi incident*

et

**Fédération des ordres professionnels
de juristes du Canada, Canadian
Publishers' Council et Association des
éditeurs canadiens, Société québécoise
de gestion collective des droits de
reproduction (COPIBEC) et Canadian
Copyright Licensing Agency (Access
Copyright)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CCH CANADIENNE LTÉE c. BARREAU
DU HAUT-CANADA**

Référence neutre : 2004 CSC 13.

File No.: 29320.

2003: November 10; 2004: March 4.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Copyright — Infringement — Photocopying — Fax transmissions — Law Society providing custom photocopy service and maintaining self-service photocopiers in library for use by patrons — Legal publishers bringing copyright infringement actions against Law Society — Whether publishers' headnotes, case summary, topical index and compilation of reported judicial decisions "original" works covered by copyright — If so, whether Law Society breached publishers' copyright — Whether Law Society's fax transmissions of publishers' works constitute communications "to the public" — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

Copyright — Infringement — Exception — Fair dealings — Law Society providing custom photocopy service and maintaining self-service photocopiers in library for use by patrons — Legal publishers bringing copyright infringement actions against Law Society — Whether Law Society's dealings with publishers' works "fair dealings" — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

Copyright — Works in which copyright may subsist — Meaning of "original" work — Whether headnotes, case summary, topical index and compilation of reported judicial decisions "original" works covered by copyright — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 2 "every original literary, dramatic, musical and artistic work".

The appellant Law Society maintains and operates the Great Library at Osgoode Hall in Toronto, a reference and research library with one of the largest collections of legal materials in Canada. The Great Library provides a request-based photocopy service for Law Society members, the judiciary and other authorized researchers. Under this "custom photocopy service", legal materials are reproduced by Great Library staff and delivered in person, by mail or by facsimile transmission to

Nº du greffe : 29320.

2003 : 10 novembre; 2004 : 4 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit d'auteur — Violation du droit d'auteur — Photocopie — Transmissions par télécopieur — Barreau offrant un service de photocopie et mettant des photocopies libre-service à la disposition des usagers de sa bibliothèque — Éditeurs juridiques poursuivant le Barreau pour violation de leur droit d'auteur — Les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont-ils des œuvres « originales » protégées par le droit d'auteur? — Dans l'affirmative, le Barreau a-t-il violé le droit d'auteur des éditeurs? — La transmission par télécopieur, par le Barreau, des œuvres des éditeurs constituait-elle une communication des œuvres « au public »? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).

Droit d'auteur — Violation du droit d'auteur — Exception — Utilisation équitable — Barreau offrant un service de photocopie et mettant des photocopies libre-service à la disposition des usagers de sa bibliothèque — Éditeurs juridiques poursuivant le Barreau pour violation de leur droit d'auteur — L'utilisation par le Barreau des œuvres des éditeurs constituait-elle une « utilisation équitable »? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

Droit d'auteur — Œuvres protégées par le droit d'auteur — Sens du terme œuvre « originale » — Les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont-ils des œuvres « originales » protégées par le droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale ».

Le Barreau appelant assure le fonctionnement de la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall, à Toronto, une bibliothèque de consultation et de recherche dotée d'une des plus vastes collections d'ouvrages juridiques au Canada. La Grande bibliothèque offre un service de photocopie sur demande aux membres du Barreau et de la magistrature, et aux autres chercheurs autorisés. Dans le cadre de ce service de photocopie, les membres du personnel de la Grande bibliothèque préparent et remettent

requesters. The Law Society also maintains self-service photocopiers in the Great Library for use by its patrons. In 1993, the respondent publishers commenced copyright infringement actions against the Law Society, seeking a declaration of subsistence and ownership of copyright in specific works and a declaration that the Law Society had infringed copyright when the Great Library reproduced a copy of each of the works. The publishers also sought a permanent injunction prohibiting the Law Society from reproducing these works as well as any other works that they published. The Law Society denied liability and counterclaimed for a declaration that copyright is not infringed when a single copy of a reported decision, case summary, statute, regulation or a limited selection of text from a treatise is made by the Great Library staff, or one of its patrons on a self-service copier, for the purpose of research. The Federal Court, Trial Division allowed the publishers' action in part, finding that the Law Society had infringed copyright in certain works; it dismissed the Law Society's counterclaim. The Federal Court of Appeal allowed the publishers' appeal in part, holding that all of the works were original and therefore covered by copyright. It dismissed the Law Society's cross-appeal.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. The Law Society does not infringe copyright when a single copy of a reported decision, case summary, statute, regulation or limited selection of text from a treatise is made by the Great Library in accordance with its access policy. Moreover, the Law Society does not authorize copyright infringement by maintaining a photocopier in the Great Library and posting a notice warning that it will not be responsible for any copies made in infringement of copyright.

The headnotes, case summary, topical index and compilation of reported judicial decisions are all original works in which copyright subsists. An "original" work under the *Copyright Act* is one that originates from an author and is not copied from another work. In addition, an original work must be the product of an author's exercise of skill and judgment. The exercise of skill and judgment required to produce the work must not be so trivial that it could be characterized as a purely mechanical exercise. While creative works will by definition be "original" and covered by copyright, creativity is not required to make a work "original". This conclusion is supported by the plain meaning of "original", the history

sur place ou transmettent par la poste ou par télécopieur des copies d'ouvrages juridiques aux personnes qui en font la demande. Le Barreau met aussi des photocopieses libre-service à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque. En 1993, les éditeurs intimés ont intenté des actions contre le Barreau pour violation du droit d'auteur afin d'obtenir un jugement confirmant l'existence et la propriété du droit d'auteur sur des œuvres précises et déclarant que le Barreau avait violé le droit d'auteur lorsque la Grande bibliothèque avait produit une copie de chacune de ces œuvres. Les éditeurs ont en outre demandé une injonction permanente interdisant au Barreau de reproduire ces œuvres ou toute autre œuvre qu'ils publient. Le Barreau a nié toute responsabilité et demandé à son tour un jugement déclarant qu'il n'y a pas de violation du droit d'auteur lorsqu'une seule copie d'une décision publiée, d'un résumé jurisprudentiel, d'une loi, d'un règlement ou d'un extrait limité d'un traité est imprimée par un membre du personnel de la Grande bibliothèque ou par un usager au moyen d'une photocopieuse libre-service, aux fins de recherche. La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli en partie l'action des éditeurs, concluant que le Barreau avait violé le droit d'auteur sur certaines œuvres; elle a rejeté la demande reconventionnelle du Barreau. La Cour d'appel fédérale a accueilli en partie l'appel des éditeurs, statuant que les œuvres en cause étaient toutes originales et protégées par le droit d'auteur. Elle a rejeté l'appel incident du Barreau.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. Le Barreau ne viole pas le droit d'auteur lorsque la Grande bibliothèque fournit une seule copie d'une décision publiée, d'un résumé jurisprudentiel, d'une loi, d'un règlement ou d'une partie restreinte d'un texte provenant d'un traité conformément à sa politique d'accès. Par ailleurs, le Barreau n'autorise pas la violation du droit d'auteur en plaçant une photocopieuse dans la Grande bibliothèque et en affichant un avis où il décline toute responsabilité relativement aux copies produites en violation du droit d'auteur.

Les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont tous des œuvres « originales » conférant un droit d'auteur. Une œuvre « originale » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* est une œuvre qui émane d'un auteur et qui n'est pas une copie d'une autre œuvre. Elle doit en outre être le produit de l'exercice du talent et du jugement d'un auteur. Cet exercice ne doit pas être négligeable au point qu'on puisse le qualifier d'entreprise purement mécanique. Bien qu'une œuvre créative soit par définition « originale » et protégée par le droit d'auteur, la créativité n'est pas essentielle à l'originalité. Cette conclusion s'appuie sur le sens ordinaire du mot

of copyright law, recent jurisprudence, the purpose of the *Copyright Act* and the fact that this constitutes a workable yet fair standard. While the reported judicial decisions, when properly understood as a compilation of the headnote and the accompanying edited judicial reasons, are "original" works covered by copyright, the judicial reasons in and of themselves, without the headnotes, are not original works in which the publishers could claim copyright.

Under s. 29 of the *Copyright Act*, fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright. "Research" must be given a large and liberal interpretation in order to ensure that users' rights are not unduly constrained, and is not limited to non-commercial or private contexts. Lawyers carrying on the business of law for profit are conducting research within the meaning of s. 29. The following factors help determine whether a dealing is fair: the purpose of the dealing, the character of the dealing, the amount of the dealing, the nature of the work, available alternatives to the dealing, and the effect of the dealing on the work. Here, the Law Society's dealings with the publishers' works through its custom photocopy service were research-based and fair. The access policy places appropriate limits on the type of copying that the Law Society will do. If a request does not appear to be for the purpose of research, criticism, review or private study, the copy will not be made. If a question arises as to whether the stated purpose is legitimate, the reference librarian will review the matter. The access policy limits the amount of work that will be copied, and the reference librarian reviews requests that exceed what might typically be considered reasonable and has the right to refuse to fulfill a request.

The Law Society did not authorize copyright infringement by providing self-service photocopiers for use by its patrons in the Great Library. While authorization can be inferred from acts that are less than direct and positive, a person does not authorize infringement by authorizing the mere use of equipment that could be used to infringe copyright. Courts should presume that a person who authorizes an activity does so only so far as it is in accordance with the law. This presumption may be rebutted if it is shown that a certain relationship or degree of control existed between the alleged authorizer and the persons who committed the copyright infringement. Here, there was no evidence that the copiers had been used in a manner that was not consistent with copyright law. Moreover, the Law Society's posting of a notice warning that it will not be responsible for any copies made in infringement of copyright does not constitute an

« originale », l'historique du droit d'auteur, la jurisprudence récente, l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* et le caractère à la fois fonctionnel et équitable de ce critère. Bien que les décisions judiciaires publiées, considérées à juste titre comme une compilation du sommaire et des motifs judiciaires révisés qui l'accompagnent, soient des œuvres « originales » protégées par le droit d'auteur, les motifs de la décision en eux-mêmes, sans les sommaires, ne constituent pas des œuvres originales sur lesquelles les éditeurs peuvent revendiquer un droit d'auteur.

L'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que l'utilisation équitable d'une œuvre aux fins de recherche ou d'étude privée ne viole pas le droit d'auteur. Il faut interpréter le mot « recherche » de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints, et la recherche ne se limite pas à celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé. L'avocat qui exerce le droit dans un but lucratif effectue de la recherche au sens de l'art. 29. Les facteurs suivants aident à déterminer si une utilisation est équitable : le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, la nature de l'œuvre, les solutions de recharge à l'utilisation et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. En l'espèce, l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau, dans le cadre du service de photocopie, était axée sur la recherche et équitable. La politique d'accès circonscrit adéquatement les copies que le Barreau effectuera. Lorsque la fin poursuivie ne semblera pas être la recherche, la critique, le compte rendu ou l'étude privée, la demande de photocopie sera refusée. En cas de doute quant à la légitimité de la fin poursuivie, il appartiendra aux bibliothécaires de référence de trancher. La politique d'accès limite l'ampleur de l'extrait pouvant être reproduit, et les bibliothécaires de référence ont le droit de refuser une demande dont la portée excède ce qui est habituellement jugé raisonnable.

Le Barreau n'autorise pas la violation du droit d'auteur en mettant des photocopieuses à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque. Bien que l'autorisation puisse s'inférer d'agissements qui ne sont pas des actes directs et positifs, ce n'est pas autoriser la violation du droit d'auteur que de permettre la simple utilisation d'un appareil susceptible d'être utilisé à cette fin. Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité. Cette présomption peut être réfutée par la preuve qu'il existait une certaine relation ou un certain degré de contrôle entre l'auteur allégué de l'autorisation et les personnes qui ont violé le droit d'auteur. En l'espèce, aucune preuve n'établissait que les photocopieuses avaient été utilisées d'une manière incompatible avec les dispositions sur le droit d'auteur. De plus, le Barreau, en affichant un avis où il décline toute responsabilité relativement aux copies

express acknowledgement that the copiers will be used in an illegal manner. Finally, even if there were evidence of the copiers having been used to infringe copyright, the Law Society lacks sufficient control over the Great Library's patrons to permit the conclusion that it sanctioned, approved or countenanced the infringement.

There was no secondary infringement by the Law Society. The Law Society's fax transmissions of copies of the respondent publishers' works to lawyers in Ontario were not communications to the public. While a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright, there was no evidence of this type of transmission having occurred in this case. Nor did the Law Society infringe copyright by selling copies of the publishers' works. Absent primary infringement, there can be no secondary infringement. Finally, while it is not necessary to decide the point, the Great Library qualifies for the library exemption.

Cases Cited

Applied: *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182; *De Tervagne v. Belœil (Town)*, [1993] 3 F.C. 227; **not followed:** *Moorhouse v. University of New South Wales*, [1976] R.P.C. 151; **referred to:** *Moreau v. St. Vincent*, [1950] Ex. C.R. 198; *Goldner v. Canadian Broadcasting Corp.* (1972), 7 C.P.R. (2d) 158; *Grignon v. Roussel* (1991), 38 C.P.R. (3d) 4; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601; *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257; *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991); *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22; *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195; *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81; *Ladbrooke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676; *CBS Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812; *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Associated Newspapers Group plc v. News Group Newspapers Ltd.*, [1986] R.P.C. 515;

produites en violation du droit d'auteur, n'a pas reconnu expressément que les photocopies seraient utilisées de façon illicite. Enfin, même si la preuve établissait que les photocopies ont été utilisées pour violer le droit d'auteur, le Barreau n'a pas un contrôle suffisant sur les usagers de la Grande bibliothèque pour que l'on puisse conclure qu'il a sanctionné, appuyé ou soutenu la violation du droit d'auteur.

Il n'y a pas eu violation du droit d'auteur à une étape ultérieure de la part du Barreau. En transmettant des copies des œuvres des éditeurs à des avocats de l'Ontario, le Barreau ne les a pas communiquées au public. La transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur, mais aucune preuve n'a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l'espèce. Le Barreau n'a pas non plus violé le droit d'auteur en vendant des copies des œuvres des éditeurs. En l'absence de violation initiale du droit d'auteur, il ne peut y avoir de violation à une étape ultérieure. Enfin, bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, la Grande bibliothèque est visée par l'exception prévue pour les bibliothèques.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182; *De Tervagne c. Belœil (Ville)*, [1993] 3 C.F. 227; **arrêt non suivi :** *Moorhouse c. University of New South Wales*, [1976] R.P.C. 151; **arrêts mentionnés :** *Moreau c. St. Vincent*, [1950] R.C. de l'É. 198; *Goldner c. Société Radio-Canada* (1972), 7 C.P.R. (2d) 158; *Grignon c. Roussel* (1991), 38 C.P.R. (3d) 4; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *University of London Press, Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601; *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257; *Feist Publications Inc. c. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991); *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22; *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195; *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. c. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81; *Ladbrooke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676; *CBS Inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812; *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Associated Newspapers Group*

Sillitoe v. McGraw-Hill Book Co. (U.K.), [1983] F.S.R. 545; Beloff v. Pressdram Ltd., [1973] 1 All E.R. 241; Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television Ltd., [1999] F.S.R. 610.

Statutes and Regulations Cited

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886).

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “computer program” [am. c. 10 (4th Supp.), s. 1(3)], “dramatic work” [am. 1993, c. 44, s. 53(2)], “every original literary, dramatic, musical and artistic work” [*idem*], “library, archive or museum” [ad. 1997, c. 24, s. 1(5)], “work”, 2.1 [ad. 1993, c. 44, s. 54], Part I, 3(1) [am. 1988, c. 65, s. 62; am. 1993, c. 44, s. 55; am. 1997, c. 24, s. 3], 5(1) [repl. 1994, c. 47, s. 57(1); am. 1997, c. 24, s. 5], Part III, 27 [repl. 1997, c. 24, s. 15], 29 [*idem*, s. 18(1)], 29.1, 29.2, 30, 30.2 [ad. *idem*], Part IV, 34(1) [repl. *idem*, s. 20(1)].

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 1982, “original”.

Craig, Carys J. “Locke, Labour and Limiting the Author’s Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Gervais, Daniel J. “Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law” (2002), 49 *J. Copyright Soc’y U.S.A.* 949.

Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Hitchcock, P. D. “Home Copying and Authorization” (1983), 67 C.P.R. (2d) 17.

Kierans, Patrick E., and Rowena Borenstein. “Injunctions — Interlocutory and Permanent”. In Ronald E. Dimock, ed., *Intellectual Property Disputes: Resolutions & Remedies*, vol. 2. Toronto: Thomson/Carswell, 2002, 15-1.

Litman, Jessica. “The Public Domain” (1990), 39 *Emory L.J.* 965.

McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf).

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, “countenance”.

plc c. News Group Newspapers Ltd., [1986] R.P.C. 515; *Sillitoe c. McGraw-Hill Book Co. (U.K.)*, [1983] F.S.R. 545; *Beloff c. Pressdram Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 241; *Pro Sieben Media AG c. Carlton UK Television Ltd.*, [1999] F.S.R. 610.

Lois et règlements cités

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886).

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « programme d’ordinateur » [mod. ch. 10 (4^e suppl.), art. 1(3)], « œuvre dramatique » [mod. 1993, ch. 44, art. 53(2)], « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » [*idem*], « bibliothèque, musée ou service d’archives » [aj. 1997, ch. 24, art. 1(5)], « œuvre », 2.1 [aj. 1993, ch. 44, art. 54], partie I, 3(1) [mod. 1988, ch. 65, art. 62; mod. 1993, ch. 44, art. 55; mod. 1997, ch. 24, art. 3], 5(1) [rempl. 1994, ch. 47, art. 57(1); mod. 1997, ch. 24, art. 5], partie III, 27 [rempl. 1997, ch. 24, art. 15], 29 [*idem*, art. 18(1)], 29.1, 29.2, 30, 30.2 [aj. *idem*], partie IV, 34(1) [rempl. *idem*, art. 20(1)].

Doctrine citée

Craig, Carys J. « Locke, Labour and Limiting the Author’s Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Gervais, Daniel J. « Feist Goes Global : A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law » (2002), 49 *J. Copyright Soc’y U.S.A.* 949.

Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

Hitchcock, P. D. « Home Copying and Authorization » (1983), 67 C.P.R. (2d) 17.

Kierans, Patrick E., and Rowena Borenstein. « Injunctions — Interlocutory and Permanent ». In Ronald E. Dimock, ed., *Intellectual Property Disputes : Resolutions & Remedies*, vol. 2. Toronto : Thomson/Carswell, 2002, 15-1.

Litman, Jessica. « The Public Domain » (1990), 39 *Emory L.J.* 965.

McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf).

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1993, “countenance”.

Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « original ».

Ricketson, Sam. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. London : Kluwer, 1987.

Vaver, David. *Copyright Law*. Toronto: Irwin Law, 2000.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2002] 4 F.C. 213, 212 D.L.R. (4th) 385, 289 N.R. 1, 18 C.P.R. (4th) 161, [2002] F.C.J. No. 690 (QL), 2002 FCA 187, reversing in part a judgment of the Trial Division, [2000] 2 F.C. 451, 169 F.T.R. 1, 179 D.L.R. (4th) 609, 2 C.P.R. (4th) 129, 72 C.R.R. (2d) 139, [1999] F.C.J. No. 1647 (QL). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

R. Scott Joliffe, L. A. Kelly Gill et Kevin J. Sartorio, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Roger T. Hughes, Q.C., and *Glen A. Bloom*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Kevin L. LaRoche, for the intervenor the Federation of Law Societies of Canada.

Thomas G. Heintzman, Q.C., and *Barry B. Sookman*, for the intervenors the Canadian Publishers' Council and the Association of Canadian Publishers.

Claude Brunet, Benoît Clermont et Madeleine Lamothe-Samson, for the intervenors Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) and the Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright).

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction — The Issues To Be Determined

The appellant, the Law Society of Upper Canada, is a statutory non-profit corporation that has regulated the legal profession in Ontario since 1822. Since 1845, the Law Society has maintained and operated the Great Library at Osgoode Hall in

Ricketson, Sam. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*. London : Kluwer, 1987.

Vaver, David. *Copyright Law*. Toronto : Irwin Law, 2000.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2002] 4 C.F. 213, 212 D.L.R. (4th) 385, 289 N.R. 1, 18 C.P.R. (4th) 161, [2002] A.C.F. n° 690 (QL), 2002 CAF 187, qui a infirmé en partie un jugement de la Section de première instance, [2000] 2 C.F. 451, 169 F.T.R. 1, 179 D.L.R. (4th) 609, 2 C.P.R. (4th) 129, 72 C.R.R. (2d) 139, [1999] A.C.F. n° 1647 (QL). Pourvoi principal accueilli et pourvoi incident rejeté.

R. Scott Joliffe, L. A. Kelly Gill et Kevin J. Sartorio, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

Roger T. Hughes, c.r., et *Glen A. Bloom*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident.

Kevin L. LaRoche, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Thomas G. Heintzman, c.r., et *Barry B. Sookman*, pour les intervenants Canadian Publishers' Council et l'Association des éditeurs canadiens.

Claude Brunet, Benoît Clermont et Madeleine Lamothe-Samson, pour les intervenantes la Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) et Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction — Les questions en litige

L'appelant, le Barreau du Haut-Canada, est une société sans but lucratif constituée par une loi qui régit l'exercice du droit en Ontario depuis 1822. Le Barreau assure, depuis 1845, le fonctionnement de la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall, à Toronto,

Toronto, a reference and research library with one of the largest collections of legal materials in Canada. The Great Library provides a request-based photocopy service (the “custom photocopy service”) for Law Society members, the judiciary and other authorized researchers. Under the custom photocopy service, legal materials are reproduced by Great Library staff and delivered in person, by mail or by facsimile transmission to requesters. The Law Society also maintains self-service photocopiers in the Great Library for use by its patrons.

- 2 The respondents, CCH Canadian Ltd., Thomson Canada Ltd. and Canada Law Book Inc., publish law reports and other legal materials. In 1993, the respondent publishers commenced copyright infringement actions against the Law Society, seeking a declaration of subsistence and ownership of copyright in eleven specific works and a declaration that the Law Society had infringed copyright when the Great Library reproduced a copy of each of the works. The publishers also sought a permanent injunction prohibiting the Law Society from reproducing these eleven works as well as any other works that they published.
- 3 The Law Society denied liability and counterclaimed for a declaration that copyright is not infringed when a single copy of a reported decision, case summary, statute, regulation or a limited selection of text from a treatise is made by the Great Library staff or one of its patrons on a self-service photocopier for the purpose of research.
- 4 The key question that must be answered in this appeal is whether the Law Society has breached copyright by either (1) providing the custom photocopy service in which single copies of the publishers’ works are reproduced and sent to patrons upon their request or by (2) maintaining self-service photocopiers and copies of the publishers’ works in the Great Library for use by its patrons. To answer this question, the Court must address the following sub-issues:

une bibliothèque de consultation et de recherche dotée d’une des plus vastes collections d’ouvrages juridiques au Canada. La Grande bibliothèque offre un service de photocopie sur demande aux membres du Barreau et de la magistrature, et aux autres chercheurs autorisés. Les membres de son personnel remettent sur place ou transmettent par la poste ou par télécopieur des copies d’ouvrages juridiques aux personnes qui en font la demande. La Grande bibliothèque met également des photocopieuses libre-service à la disposition des usagers.

Les intimées, CCH Canadienne Limitée, Thomson Canada Limitée et Canada Law Book Inc., publient des recueils de jurisprudence et d’autres ouvrages juridiques. En 1993, les éditeurs intimés ont intenté des actions contre le Barreau pour violation du droit d’auteur. Ils ont demandé un jugement confirmant l’existence et la propriété du droit d’auteur sur onze œuvres précises et déclarant que le Barreau avait violé le droit d’auteur lorsque la Grande bibliothèque avait produit une copie de chacune de ces œuvres. Les éditeurs ont en outre demandé une injonction permanente interdisant au Barreau de reproduire ces onze œuvres ou toute autre œuvre qu’ils publient.

Le Barreau a nié toute responsabilité et demandé à son tour un jugement déclarant qu’il n’y a pas de violation du droit d’auteur lorsqu’une seule copie d’une décision publiée, d’un résumé jurisprudentiel, d’une loi, d’un règlement ou d’un extrait limité d’un traité est imprimée par un membre du personnel de la Grande bibliothèque ou par un usager au moyen d’une photocopieuse libre-service, aux fins de recherche.

La principale question qui doit être tranchée dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si le Barreau a violé le droit d’auteur (1) en offrant le service de photocopie grâce auquel une seule copie d’un ouvrage des éditeurs est réalisée et transmise à un client sur demande ou (2) en mettant à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque des photocopieuses libre-service et des exemplaires des ouvrages des éditeurs. Pour répondre à cette question, notre Cour doit examiner les sous-questions suivantes :

- (1) Are the publishers' materials "original works" protected by copyright?
- (2) Did the Great Library authorize copyright infringement by maintaining self-service photocopiers and copies of the publishers' works for its patrons' use?
- (3) Were the Law Society's dealings with the publishers' works "fair dealing[s]" under s. 29 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, as amended?
- (4) Did Canada Law Book consent to have its works reproduced by the Great Library?

The publishers have filed a cross-appeal in which they submit that, in addition to infringing copyright by reproducing copies of their works, the Law Society infringed copyright both by faxing and by selling copies of the publishers' copyrighted works through its custom photocopy service. The publishers also contend that the Great Library does not qualify for the library exemption under the *Copyright Act* and, finally, that they are entitled to an injunction to the extent that the Law Society has been found to infringe any one or more of their copyrighted works. The four sub-issues that the Court must address on this cross-appeal are:

- (1) Did the Law Society's fax transmissions of the publishers' works constitute communications "to the public" within s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* so as to constitute copyright infringement?
- (2) Did the Law Society infringe copyright by selling copies of the publishers' works contrary to s. 27(2) of the *Copyright Act*?
- (3) Does the Law Society qualify for an exemption as a "library, archive or museum" under ss. 2 and 30.2(1) of the *Copyright Act*?

- (1) Les ouvrages des éditeurs constituent-ils des « œuvres originales » protégées par le droit d'auteur?
- (2) La Grande bibliothèque a-t-elle autorisé la violation du droit d'auteur en mettant à la disposition des usagers des photocopies individuelles et des exemplaires des ouvrages des éditeurs?
- (3) L'utilisation des ouvrages des éditeurs par le Barreau constituait-elle une « utilisation équitable » au sens de l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, modifiée?
- (4) Canada Law Book a-t-elle consenti à ce que ses œuvres soient reproduites par la Grande bibliothèque?

Les éditeurs ont formé un pourvoi incident dans lequel ils font valoir que le Barreau a violé le droit d'auteur non seulement en réalisant des copies de leurs œuvres, mais également en télécopiant et en vendant des copies de leurs œuvres protégées dans le cadre de son service de photocopie. Ils prétendent en outre que la Grande bibliothèque ne peut bénéficier de l'exception que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* pour les bibliothèques et, enfin, qu'ils ont droit à une injonction dans la mesure où il a été établi que le Barreau a violé le droit d'auteur sur une ou plusieurs de leurs œuvres. Voici les quatre sous-questions que notre Cour doit examiner dans le cadre de ce pourvoi incident :

- (1) La transmission par télécopieur des œuvres des éditeurs par le Barreau constituait-elle une communication « au public » au sens de l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*, de sorte qu'elle constituait une violation du droit d'auteur?
- (2) Le Barreau a-t-il violé le droit d'auteur en vendant des copies des œuvres des éditeurs contrairement au par. 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*?
- (3) Le Barreau bénéficie-t-il d'une exception à titre de « bibliothèque, musée ou service d'archives » suivant l'art. 2 et le par. 30.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*?

(4) To the extent that the Law Society has been found to infringe any one or more of the publishers' copyrighted works, are the publishers entitled to a permanent injunction under s. 34(1) of the *Copyright Act*?

6 With respect to the main appeal, I conclude that the Law Society did not infringe copyright by providing single copies of the respondent publishers' works to its members through the custom photocopy service. Although the works in question were "original" and thus covered by copyright, the Law Society's dealings with the works were for the purpose of research and were fair dealings within s. 29 of the *Copyright Act*. I also find that the Law Society did not authorize infringement by maintaining self-service photocopiers in the Great Library for use by its patrons. I would therefore allow the appeal.

7 On the cross-appeal, I conclude that there was no secondary infringement by the Law Society; the fax transmissions were not communications to the public and the Law Society did not sell copies of the publishers' works. In light of my finding on appeal that the Law Society's dealings with the publishers' works were fair, it is not necessary to decide whether the Great Library qualifies for the library exemption. This said, I would conclude that the Great Library does indeed qualify for this exemption. Finally, in light of my conclusion that there has been no copyright infringement, it is not necessary to issue an injunction in this case. I would dismiss the cross-appeal.

II. Analysis on Appeal

8 Copyright law in Canada protects a wide range of works including every original literary, dramatic, musical and artistic work, computer programs, translations and compilations of works: see ss. 5, 2 and 2.1 of the *Copyright Act*. Copyright law protects the expression of ideas in these works; it does not protect ideas in and of themselves. Thorson P. explained it thus in *Moreau v. St. Vincent*, [1950] Ex. C.R. 198, at p. 203:

(4) S'il est établi que le Barreau a violé le droit d'auteur sur une ou plusieurs des œuvres des éditeurs, ces derniers ont-ils droit à une injonction permanente en application du par. 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*?

En ce qui concerne le pourvoi principal, j'arrive à la conclusion que le Barreau n'a pas violé le droit d'auteur en fournissant à ses membres une seule copie des œuvres des éditeurs intimés dans le cadre de son service de photocopie. Même si les œuvres en question étaient « originales » et, par conséquent, protégées par le droit d'auteur, le Barreau les a utilisées aux fins de recherche et cette utilisation était équitable au sens de l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je conclus également que le Barreau n'a pas autorisé la violation du droit d'auteur en mettant des photocopieuses libre-service à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pour ce qui est du pourvoi incident, j'estime qu'il n'y a pas eu de violation à une étape ultérieure de la part du Barreau; les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public, et le Barreau n'a pas vendu les copies des œuvres des éditeurs. Ayant conclu dans le pourvoi principal que l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau était équitable, je n'estime pas nécessaire de décider si la Grande bibliothèque bénéficie de l'exception susmentionnée. Je suis néanmoins d'avis qu'elle pourrait s'en prévaloir. Enfin, comme je juge qu'il n'y a pas eu de violation du droit d'auteur, il est inutile de décerner une injonction en l'espèce. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

II. Analyse du pourvoi

Le droit d'auteur au Canada protège une vaste gamme d'œuvres originales, notamment les œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques, les programmes d'ordinateur, les traductions et les compilations d'œuvres : voir les art. 5, 2 et 2.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il protège l'expression des idées dans ces œuvres, et non les idées comme telles. Le président Thorson l'a expliqué de la manière suivante dans *Moreau c. St. Vincent*, [1950] R.C. de l'É. 198, p. 203 :

It is, I think, an elementary principle of copyright law that an author has no copyright in ideas but only in his expression of them. The law of copyright does not give him any monopoly in the use of the ideas with which he deals or any property in them, even if they are original. His copyright is confined to the literary work in which he has expressed them. The ideas are public property, the literary work is his own.

It flows from the fact that copyright only protects the expression of ideas that a work must also be in a fixed material form to attract copyright protection: see s. 2 definitions of "dramatic work" and "computer program" and, more generally, *Goldner v. Canadian Broadcasting Corp.* (1972), 7 C.P.R. (2d) 158 (F.C.T.D.), at p. 162; *Grignon v. Roussel* (1991), 38 C.P.R. (3d) 4 (F.C.T.D.), at p. 7.

In Canada, copyright is a creature of statute and the rights and remedies provided by the *Copyright Act* are exhaustive: see *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34, at para. 5; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at p. 477; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 373. In interpreting the scope of the *Copyright Act*'s rights and remedies, courts should apply the modern approach to statutory interpretation whereby "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": *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

Binnie J. recently explained in *Théberge, supra*, at paras. 30-31, that the *Copyright Act* has dual objectives:

The *Copyright Act* is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator

The proper balance among these and other public policy objectives lies not only in recognizing the

[TRADUCTION] Je crois qu'un principe fondamental du droit d'auteur veut que l'auteur n'ait pas un droit sur une idée, mais seulement sur son expression. Le droit d'auteur ne lui accorde aucun monopole sur l'utilisation de l'idée en cause ni aucun droit de propriété sur elle, même si elle est originale. Le droit d'auteur ne vise que l'œuvre littéraire dans laquelle elle s'est incarnée. L'idée appartient à tout le monde, l'œuvre littéraire à l'auteur.

Puisque le droit d'auteur ne protège que l'expression des idées, l'œuvre doit être fixée sous une forme matérielle pour bénéficier de cette protection : voir les définitions d'"œuvre dramatique" et de "programme d'ordinateur" à l'art. 2 et, de manière plus générale, *Goldner c. Société Radio-Canada* (1972), 7 C.P.R. (2d) 158 (C.F. 1^{re} inst.), p. 162; *Grignon c. Roussel* (1991), 38 C.P.R. (3d) 4 (C.F. 1^{re} inst.), p. 7.

Au Canada, le droit d'auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* sont exhaustifs : voir *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 5; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 477; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 373. Pour définir les droits et recours conférés par la *Loi sur le droit d'auteur*, les tribunaux doivent recourir à l'approche moderne en matière d'interprétation législative selon laquelle « 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 » : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, où notre Cour cite E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87.

Récemment, dans *Théberge*, précité, par. 30 et 31, le juge Binnie a expliqué que la *Loi sur le droit d'auteur* a deux objectifs :

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement

creator's rights but in giving due weight to their limited nature.

In interpreting the *Copyright Act*, courts should strive to maintain an appropriate balance between these two goals.

11 Canada's *Copyright Act* sets out the rights and obligations of both copyright owners and users. Part I of the Act specifies the scope of a creator's copyright and moral rights in works. For example, s. 3 of the Act specifies that only copyright owners have the right to copy or to authorize the copying of their works:

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof

and to authorize any such acts.

12 Part III of the *Copyright Act* deals with the infringement of copyright and exceptions to infringement. Section 27(1) states generally that "[i]t is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do." More specific examples of how copyright is infringed are set out in s. 27(2) of the Act. The exceptions to copyright infringement, perhaps more properly understood as users' rights, are set out in ss. 29 and 30 of the Act. The fair dealing exceptions to copyright are set out in ss. 29 to 29.2. In general terms, those who deal fairly with a work for the purpose of research, private study, criticism, review or news reporting, do not infringe copyright. Educational institutions, libraries, archives and museums are specifically exempted from copyright infringement in certain circumstances: see ss. 29.4 to 30 (educational institutions), and ss. 30.1 to 30.5. Part IV of the *Copyright Act* specifies the remedies that may be awarded in cases where

en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits.

Lorsqu'ils sont appelés à interpréter la *Loi sur le droit d'auteur*, les tribunaux doivent s'efforcer de maintenir un juste équilibre entre ces deux objectifs.

La *Loi sur le droit d'auteur* établit les droits et les obligations des titulaires du droit d'auteur et des utilisateurs. La partie I de la Loi précise l'étendue du droit d'auteur et des droits moraux du créateur sur une œuvre. Par exemple, l'art. 3 dispose que seul le titulaire du droit d'auteur a le droit de reproduire son œuvre :

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes.

La partie III de la *Loi sur le droit d'auteur* porte sur la violation du droit d'auteur et prévoit des exceptions. Le paragraphe 27(1) prévoit généralement que « [c]onstitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir. » Des exemples précis de violation du droit d'auteur sont donnés au par. 27(2) de la Loi. Les exceptions, perçues plus justement comme des droits d'utilisation, sont prévues aux art. 29 et 30 de la Loi. Celles liées à l'utilisation équitable sont énumérées aux art. 29 à 29.2. De manière générale, la personne qui fait une utilisation équitable d'une œuvre aux fins d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles ne viole pas le droit d'auteur. Les établissements d'enseignement, les bibliothèques, les services d'archives et les musées bénéficient expressément d'une exception dans certaines circonstances : voir les art. 29.4 à 30 (établissements d'enseignement) et les art. 30.1

copyright has been infringed. Copyright owners may be entitled to any number of different remedies such as damages and injunctions, among others.

This case requires this Court to interpret the scope of both owners' and users' rights under the *Copyright Act*, including what qualifies for copyright protection, what is required to find that the copyright has been infringed through authorization and the fair dealing exceptions under the Act.

(1) *Are the Publishers' Materials "Original Works" Covered by Copyright?*

(a) The Law

Section 5 of the *Copyright Act* states that, in Canada, copyright shall subsist "in every original literary, dramatic, musical and artistic work" (emphasis added). Although originality sets the boundaries of copyright law, it is not defined in the *Copyright Act*. Section 2 of the *Copyright Act* defines "every original literary . . . work" as including "every original production in the literary . . . domain, whatever may be the mode or form of its expression". Since copyright protects only the expression or form of ideas, "the originality requirement must apply to the expressive element of the work and not the idea": S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), at p. 209.

There are competing views on the meaning of "original" in copyright law. Some courts have found that a work that originates from an author and is more than a mere copy of a work is sufficient to ground copyright. See, for example, *University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601; *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (F.C.T.D.). This approach is consistent with the "sweat of the brow" or "industriousness" standard of originality, which is premised on a natural rights

à 30.5. La partie IV de la *Loi sur le droit d'auteur* précise les réparations qui peuvent être accordées en cas de violation du droit d'auteur. Le titulaire du droit peut obtenir une ou plusieurs réparations différentes, notamment des dommages-intérêts et une injonction.

Notre Cour est appelée dans la présente affaire à déterminer l'étendue des droits que la *Loi sur le droit d'auteur* reconnaît aux titulaires du droit d'auteur et aux utilisateurs. Elle doit notamment examiner l'objet de la protection du droit d'auteur, les éléments constitutifs de la violation du droit d'auteur par voie d'autorisation et les exceptions relatives à l'utilisation équitable.

(1) *Les ouvrages des éditeurs constituent-ils des « œuvres originales » protégées par le droit d'auteur?*

a) Le droit

L'article 5 de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose que le droit d'auteur, au Canada, existe « sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » (je souligne). Bien que l'originalité délimite la portée du droit d'auteur, elle n'est pas définie par la *Loi sur le droit d'auteur*. Suivant l'art. 2, « toute œuvre littéraire [...] originale » s'entend de « toute production originale du domaine littéraire [...] quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression ». Comme le droit d'auteur ne protège que l'expression des idées ou leur mise en forme, [TRADUCTION] « le critère de l'originalité doit s'appliquer à l'élément expressif de l'œuvre, et non à l'idée » : S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), p. 209.

La jurisprudence est contradictoire sur le sens du terme « originale » en matière de droit d'auteur. Pour certains tribunaux, le fait qu'une œuvre émane d'un auteur et soit davantage qu'une simple copie d'une autre œuvre suffit à faire naître le droit d'auteur. Voir, par exemple, *University of London Press, Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601; *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (C.F. 1^{re} inst.). Cette interprétation associe le critère d'originalité à l'idée d'effort ou de labeur, conception qui s'appuie sur

13

14

15

or Lockean theory of “just desserts”, namely that an author deserves to have his or her efforts in producing a work rewarded. Other courts have required that a work must be creative to be “original” and thus protected by copyright. See, for example, *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991); *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22 (C.A.). This approach is also consistent with a natural rights theory of property law; however it is less absolute in that only those works that are the product of creativity will be rewarded with copyright protection. It has been suggested that the “creativity” approach to originality helps ensure that copyright protection only extends to the expression of ideas as opposed to the underlying ideas or facts. See *Feist, supra*, at p. 353.

une théorie des droits naturels ou lockienne voulant que « chacun obtienne ce qu'il mérite », c'est-à-dire que l'auteur qui crée une œuvre a le droit de voir ses efforts récompensés. Pour d'autres tribunaux, une œuvre doit être créative pour être « originale » et, de ce fait, protégée par le droit d'auteur. Voir, par exemple, *Feist Publications Inc. c. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991); *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.). Cette analyse est aussi conforme à une théorie du droit de propriété considéré comme un droit naturel, mais elle est moins radicale, du fait que seule l'œuvre issue d'une activité créative bénéficie de la protection du droit d'auteur. L'on a avancé que cette conception de l'originalité contribuait à faire en sorte que le droit d'auteur ne protège que l'expression des idées, par opposition aux idées ou aux éléments sous-jacents. Voir *Feist*, précité, p. 353.

16

I conclude that the correct position falls between these extremes. For a work to be “original” within the meaning of the *Copyright Act*, it must be more than a mere copy of another work. At the same time, it need not be creative, in the sense of being novel or unique. What is required to attract copyright protection in the expression of an idea is an exercise of skill and judgment. By skill, I mean the use of one's knowledge, developed aptitude or practised ability in producing the work. By judgment, I mean the use of one's capacity for discernment or ability to form an opinion or evaluation by comparing different possible options in producing the work. This exercise of skill and judgment will necessarily involve intellectual effort. The exercise of skill and judgment required to produce the work must not be so trivial that it could be characterized as a purely mechanical exercise. For example, any skill and judgment that might be involved in simply changing the font of a work to produce “another” work would be too trivial to merit copyright protection as an “original” work.

J'arrive à la conclusion que la juste interprétation se situe entre ces deux extrêmes. Pour être « originale » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, une œuvre doit être davantage qu'une copie d'une autre œuvre. Point n'est besoin toutefois qu'elle soit créative, c'est-à-dire novatrice ou unique. L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement. J'entends par talent le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre. J'entends par jugement la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l'œuvre. Cet exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel. L'exercice du talent et du jugement que requiert la production de l'œuvre ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique. Par exemple, tout talent ou jugement que pourrait requérir la seule modification de la police de caractères d'une œuvre pour en créer une « autre » serait trop négligeable pour justifier la protection que le droit d'auteur accorde à une œuvre « originale ».

17

In reaching this conclusion, I have had regard to: (1) the plain meaning of “original”; (2) the history

Je tire cette conclusion en tenant compte : (1) du sens ordinaire du mot « originale »; (2) de

of copyright law; (3) recent jurisprudence; (4) the purpose of the *Copyright Act*; and (5) that this constitutes a workable yet fair standard.

(i) *The Plain Meaning of “Original”*

The plain meaning of the word “original” suggests at least some intellectual effort, as is necessarily involved in the exercise of skill and judgment. The *Concise Oxford Dictionary* (7th ed. 1982), at p. 720, defines “original” as follows:

1. a. existing from the first, primitive, innate, initial, earliest; . . . 2. that has served as pattern, of which copy or translation has been made, not derivative or dependent, first-hand, not imitative, novel in character or style, inventive, creative, thinking or acting for oneself.

“Original”’s plain meaning implies not just that something is not a copy. It includes, if not creativity *per se*, at least some sort of intellectual effort. As Professor Gervais has noted, “[w]hen used to mean simply that the work must originate from the author, originality is eviscerated of its core meaning. It becomes a synonym of ‘originated,’ and fails to reflect the ordinary sense of the word”: D. J. Gervais, “*Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law*” (2002), 49 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 949, at p. 961.

(ii) *History of Copyright*

The idea of “intellectual creation” was implicit in the notion of literary or artistic work under the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (1886), to which Canada adhered in 1923, and which served as the precursor to Canada’s first *Copyright Act*, adopted in 1924. See S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (1987), at p. 900. Professor Ricketson has indicated that in adopting a sweat of the brow or industriousness approach to deciding what is original, common law countries such as England have “depart[ed] from the spirit, if not the letter, of the [Berne] Convention” since works that have taken time, labour or money to produce but are not truly artistic or literary

l’historique du droit d’auteur; (3) de la jurisprudence récente; (4) de l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur* et (5) du caractère à la fois fonctionnel et équitable de ce critère.

(i) *Le sens ordinaire du mot « original »*

Le sens ordinaire du mot « original » suppose au moins un certain effort intellectuel, comme l’exige nécessairement l’exercice du talent et du jugement. Le *Nouveau Petit Robert* (2003), p. 1801, définit comme suit l’adjectif « original » :

1. Primitif. . . . 2. Qui . . . est l’origine et la source première des reproductions. . . . 3. Qui paraît ne dériver de rien d’antérieur, ne ressemble à rien d’autre, est unique, hors du commun.

Suivant le sens ordinaire du mot, une œuvre n’est pas « originale » uniquement parce qu’elle n’est pas une simple copie, mais aussi parce qu’elle a nécessité un certain effort intellectuel, si ce n’est de la créativité comme telle. Comme le professeur Gervais l’a signalé, [TRADUCTION] « [e]mployé pour indiquer simplement que l’œuvre doit émaner de l’auteur, le terme “original” est dépouillé de son sens principal. Il devient synonyme du mot “originale” et n’a plus son sens ordinaire » : D. J. Gervais, « *Feist Goes Global : A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law* » (2002), 49 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 949, p. 961.

(ii) *Historique du droit d'auteur*

Dans la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1886), à laquelle le Canada a adhéré en 1923, et qui a pavé la voie à l’adoption de la première loi canadienne sur le droit d’auteur en 1924, l’idée de « création intellectuelle » était implicite dans la notion d’œuvre littéraire ou artistique. Voir S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986* (1987), p. 900. Le professeur Ricketson a indiqué que les pays de common law comme l’Angleterre ont, en retenant le critère de l’effort et du labeur pour décider de l’originalité, [TRADUCTION] « rompu avec l’esprit, voire la lettre de la Convention [de Berne] », étant donné qu’une œuvre dont la production a nécessité du

intellectual creations are accorded copyright protection: Ricketson, *supra*, at p. 901.

- 20 In the international context, France and other continental civilian jurisdictions require more than mere industriousness to find that a work is original. “Under the French law, originality means both the intellectual contribution of the author and the novel nature of the work as compared with existing works”: Handa, *supra*, at p. 211. This understanding of originality is reinforced by the expression “*le droit d'auteur*” — literally the “author's right” — the term used in the French title of the *Copyright Act*. The author must contribute something intellectual to the work, namely skill and judgment, if it is to be considered original.

(iii) Recent Jurisprudence

- 21 Although many Canadian courts have adopted a rather low standard of originality, i.e., that of industriousness, more recently, some courts have begun to question whether this standard is appropriate. For example, the Federal Court of Appeal in *Télé-Direct*, *supra*, held, at para. 29, that those cases which had adopted the sweat of the brow approach to originality should not be interpreted as concluding that labour, in and of itself, could ground a finding of originality. As Décaray J.A. explained: “If they did, I suggest that their approach was wrong and is irreconcilable with the standards of intellect and creativity that were expressly set out in NAFTA and endorsed in the 1993 amendments to the *Copyright Act* and that were already recognized in Anglo-Canadian law.” See also *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195 (C.A.), at para. 8, adopting this passage.

- 22 The United States Supreme Court explicitly rejected the “sweat of the brow” approach to originality in *Feist*, *supra*. In so doing, O’Connor J. explained at p. 353 that, in her view, the “sweat of the brow” approach was not consistent with the underlying tenets of copyright law:

The “sweat of the brow” doctrine had numerous flaws, the most glaring being that it extended copyright

temps, du travail ou de l’argent, mais qui n’est pas vraiment une création intellectuelle artistique ou littéraire bénéficiaire de la protection du droit d’auteur : Ricketson, *op. cit.*, p. 901.

À l’échelle internationale, la France et d’autres pays européens de tradition civiliste exigent davantage que le seul labeur pour conclure à l’originalité. [TRADUCTION] « En droit français, l’originalité découle à la fois de l’apport intellectuel de l’auteur et de la nouveauté de l’œuvre au regard des œuvres existantes » : Handa, *op. cit.*, p. 211. C’est d’ailleurs cette notion d’originalité qui est évoquée implicitement par l’utilisation du mot « auteur » dans l’expression « droit d’auteur ». L’auteur doit faire un apport intellectuel à l’œuvre, à savoir exercer son talent et son jugement, s’il veut qu’elle soit originale.

(iii) Jurisprudence récente

Même si de nombreux tribunaux canadiens ont appliqué un critère d’originalité peu rigoureux, soit celui du labeur, certains se sont récemment demandé s’il s’agissait d’un critère approprié. Par exemple, dans *Télé-Direct*, précité, la Cour d’appel fédérale a statué, au par. 29, que les décisions fondées sur le critère de l’effort ne devaient pas être interprétées comme affirmant que le travail permet à lui seul de conclure à l’originalité. Le juge Décaray a expliqué : « Si elles l’ont fait, j’estime qu’elles sont erronées et que leur approche est incompatible avec les normes d’apport intellectuel et créatif expressément prévues par l’ALENA, puis confirmées par les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* en 1993, et déjà reconnues par le droit anglo-canadien. » Voir également *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195 (C.A.), par. 8, qui reprend cet extrait.

Dans *Feist*, précité, la Cour suprême des États-Unis a expressément rejeté l’effort comme critère d’originalité. La juge O’Connor a ainsi expliqué à la p. 353 que, selon elle, ce critère était incompatible avec les préceptes qui constituent l’assise du droit d’auteur :

[TRADUCTION] La doctrine de l’effort comportait de nombreuses failles, la plus évidente étant qu’elle

protection in a compilation beyond selection and arrangement — the compiler's original contributions — to the facts themselves. Under the doctrine, the only defense to infringement was independent creation. A subsequent compiler was "not entitled to take one word of information previously published," but rather had to "independently wor(k) out the matter for himself, so as to arrive at the same result from the same common sources of information." . . . "Sweat of the brow" courts thereby eschewed the most fundamental axiom of copyright law — that no one may copyright facts or ideas.

As this Court recognized in *Compo, supra*, at p. 367, U.S. copyright cases may not be easily transferable to Canada given the key differences in the copyright concepts in Canadian and American copyright legislation. This said, in Canada, as in the United States, copyright protection does not extend to facts or ideas but is limited to the expression of ideas. As such, O'Connor J.'s concerns about the "sweat of the brow" doctrine's improper extension of copyright over facts also resonate in Canada. I would not, however, go as far as O'Connor J. in requiring that a work possess a minimal degree of creativity to be considered original. See *Feist, supra*, at pp. 345 and 358.

(iv) Purpose of the Copyright Act

As mentioned, in *Théberge, supra*, this Court stated that the purpose of copyright law was to balance the public interest in promoting the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator. When courts adopt a standard of originality requiring only that something be more than a mere copy or that someone simply show industriousness to ground copyright in a work, they tip the scale in favour of the author's or creator's rights, at the loss of society's interest in maintaining a robust public domain that could help foster future creative innovation. See J. Litman, "The Public Domain" (1990), 39 *Emory L.J.* 965, at p. 969, and C. J. Craig, "Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law" (2002), 28

accordait la protection du droit d'auteur à une compilation non seulement en ce qui concerne le choix et l'agencement — l'apport original de l'auteur — mais aussi les données elles-mêmes. Suivant cette doctrine, le seul moyen de défense à une action pour violation du droit d'auteur résidait dans la création indépendante. L'auteur d'une compilation subséquente « ne pouvait reprendre un mot d'une information déjà publiée »; il devait plutôt « travailler indépendamment et arriver au même résultat à partir des mêmes sources d'information ». [. . .] Les tribunaux favorables à la doctrine de l'effort ont donc fait fi de l'axiome le plus fondamental du droit d'auteur : nul ne peut détenir un droit d'auteur sur un fait ou une idée.

Comme notre Cour l'a reconnu dans *Compo*, précité, p. 367, les tribunaux canadiens ne peuvent s'inspirer d'emblee des décisions américaines sur le droit d'auteur à cause des conceptions du droit d'auteur fondamentalement différentes qui animent les lois applicables de part et d'autre de la frontière. Néanmoins, au Canada comme aux États-Unis, la protection du droit d'auteur ne s'étend pas aux données ou aux idées, mais se limite à l'expression des idées. C'est pourquoi l'inquiétude exprimée par la juge O'Connor concernant la protection que la doctrine de l'effort étend indûment aux faits trouve écho au Canada. Contrairement à la juge O'Connor, toutefois, je n'irais pas jusqu'à exiger d'une œuvre un degré minimal de créativité pour la juger originale. Voir *Feist*, précité, p. 345 et 358.

(iv) Objet de la Loi sur le droit d'auteur

Tel qu'il est mentionné précédemment, dans *Théberge*, précité, notre Cour a dit que l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* était d'établir un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles, d'une part, et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur, d'autre part. Lorsque le tribunal retient un critère d'originalité qui exige seulement que l'œuvre soit davantage qu'une simple copie ou qu'elle résulte d'un labeur pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, il favorise les droits de l'auteur ou du créateur au détriment de l'intérêt qu'a la société à conserver un domaine public solide susceptible de favoriser l'innovation créative à l'avenir. Voir J. Litman, « The Public Domain » (1990), 39 *Emory*

Queen's L.J. 1. By way of contrast, when an author must exercise skill and judgment to ground originality in a work, there is a safeguard against the author being overcompensated for his or her work. This helps ensure that there is room for the public domain to flourish as others are able to produce new works by building on the ideas and information contained in the works of others.

L.J. 965, p. 969, et C. J. Craig, « *Locke, Labour and Limiting the Author's Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law* » (2002), 28 *Queen's L.J.* 1. À l'opposé, un critère d'originalité fondé sur l'exercice du talent et du jugement garantit que l'auteur ne touchera pas une rétribution excessive pour son œuvre. Ce critère est en outre propice à l'épanouissement du domaine public, d'autres personnes étant alors en mesure de créer de nouvelles œuvres à partir des idées et de l'information contenues dans les œuvres existantes.

(v) *Workable, Yet Fair Standard*

- 24 Requiring that an original work be the product of an exercise of skill and judgment is a workable yet fair standard. The “sweat of the brow” approach to originality is too low a standard. It shifts the balance of copyright protection too far in favour of the owner’s rights, and fails to allow copyright to protect the public’s interest in maximizing the production and dissemination of intellectual works. On the other hand, the creativity standard of originality is too high. A creativity standard implies that something must be novel or non-obvious — concepts more properly associated with patent law than copyright law. By way of contrast, a standard requiring the exercise of skill and judgment in the production of a work avoids these difficulties and provides a workable and appropriate standard for copyright protection that is consistent with the policy objectives of the *Copyright Act*.

(vi) *Conclusion*

- 25 For these reasons, I conclude that an “original” work under the *Copyright Act* is one that originates from an author and is not copied from another work. That alone, however, is not sufficient to find that something is original. In addition, an original work must be the product of an author’s exercise of skill and judgment. The exercise of skill and judgment required to produce the work must not be so trivial that it could be characterized as a purely mechanical exercise. While creative works will by definition be “original” and covered by copyright, creativity is not required to make a work “original”.

(v) *Critère à la fois fonctionnel et équitable*

Le critère selon lequel une œuvre originale doit résulter de l’exercice du talent et du jugement est à la fois fonctionnel et équitable. Le critère fondé sur « l’effort » n’est pas assez strict. Il favorise indûment les droits du titulaire et ne protège pas l’intérêt du public dans la production et la diffusion optimales des œuvres intellectuelles. Par contre, le critère d’originalité fondé sur la créativité est trop rigoureux. La créativité implique qu’une chose doit être nouvelle et non évidente — des notions que l’on associe à plus juste titre au brevet qu’au droit d’auteur. En comparaison, la norme exigeant l’exercice du talent et du jugement dans la production d’une œuvre contourne ces difficultés et offre, pour l’octroi de la protection du droit d’auteur, un critère fonctionnel et approprié qui est compatible avec les objectifs de politique générale de la *Loi sur le droit d'auteur*.

(vi) *Conclusion*

Pour ces motifs, j’arrive à la conclusion qu’une œuvre « originale » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* est une œuvre qui émane d’un auteur et qui n’est pas une copie d’une autre œuvre. Toutefois, cela ne suffit pas à rendre une œuvre originale. Elle doit en outre être le produit de l’exercice du talent et du jugement d’un auteur. Cet exercice ne doit pas être négligeable au point qu’on puisse le qualifier d’entreprise purement mécanique. Bien qu’une œuvre créative soit par définition « originale » et protégée par le droit d’auteur, la créativité n’est pas essentielle à l’originalité.

(b) Application of the Law to These Facts

At trial, the respondent publishers claimed copyright in eleven works: three reported judicial decisions; the three headnotes preceding these decisions; the annotated *Martin's Ontario Criminal Practice 1999*; a case summary; a topical index; the textbook *Economic Negligence* (1989); and the monograph "Dental Evidence", being chapter 13 in *Forensic Evidence in Canada* (1991). Gibson J. held that the publishers' works should be judged against a standard of intellect and creativity in order to determine if they were original. Based on this standard of originality, the trial judge found that the publishers only had copyright in the annotated *Criminal Practice*, the textbook and the monograph. He concluded that the remaining eight works were not original and, therefore, were not covered by copyright ([2000] 2 F.C. 451).

On appeal, the Law Society did not challenge the trial judge's findings with respect to the three works in which he found copyright did exist, with the exception of questioning whether the monograph constituted a "work" within the meaning of the *Copyright Act*. The Federal Court of Appeal adopted the "sweat of the brow" approach to originality and found that if a work was more than a mere copy, it would be original. On this basis, Linden J.A., writing for the majority, held that all of the remaining works were original and therefore covered by copyright ([2002] 4 F.C. 213). The Law Society appeals, contending that the headnotes, case summary, topical index and reported judicial decisions are not "original" within the meaning of the *Copyright Act* and, therefore, are not covered by copyright.

As stated, in order to be original, a work must have originated from the author, not be copied, and must be the product of the exercise of skill and judgment that is more than trivial. Applying this test, all of the works in question are original and therefore covered by copyright.

b) Application du droit aux faits de l'espèce

En première instance, les éditeurs intimés ont revendiqué le droit d'auteur sur onze œuvres : trois décisions judiciaires publiées, les trois sommaires qui les précèdent, l'ouvrage annoté *Martin's Ontario Criminal Practice 1999*, un résumé jurisprudentiel, un index analytique, le manuel *Economic Negligence* (1989) et une monographie, « Dental Evidence », figurant au chapitre 13 de l'ouvrage *Forensic Evidence in Canada* (1991). Le juge Gibson a statué qu'il convenait d'évaluer le caractère intellectuel et créateur des œuvres des éditeurs pour décider de leur originalité. Sur le fondement de ce critère, il a conclu que les éditeurs n'avaient un droit d'auteur que sur l'ouvrage annoté *Criminal Practice*, le manuel et la monographie. À son avis, les huit autres œuvres n'étaient pas originales et n'étaient donc pas protégées par le droit d'auteur ([2000] 2 C.F. 451).

En appel, le Barreau n'a pas contesté les conclusions du juge de première instance concernant les trois œuvres qui, selon lui, étaient protégées par le droit d'auteur, mais il a soulevé la question de savoir si la monographie constituait une « œuvre » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. La Cour d'appel fédérale a fait sien le critère d'originalité fondé sur l'effort et a conclu que l'œuvre qui n'est pas une simple copie est originale. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Linden a estimé que les autres œuvres étaient toutes originales et, de ce fait, protégées par le droit d'auteur ([2002] 4 C.F. 213). Le Barreau interjette appel en faisant valoir que les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et les décisions judiciaires publiées ne sont pas des œuvres « originales » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* et, par conséquent, ne bénéficient pas de la protection du droit d'auteur.

Je le répète, l'œuvre originale est celle qui émane de l'auteur, ne constitue pas une copie et résulte de l'exercice non négligeable du talent et du jugement. Suivant ce critère, toutes les œuvres en cause sont originales et, donc, protégées par le droit d'auteur.

26

27

28

(i) *Headnotes*

29 The Federal Court of Appeal held that “headnotes”, defined as including the summary of the case, catchlines, statement of the case, case title and case information, are more than mere copies and hence “original” works in which copyright subsists. It found that the headnotes are more than simply an abridged version of the reasons; they consist of independently composed features. As Linden J.A. explained, at para. 73, the authors of the headnotes could have chosen to make the summaries “long or short, technical or simple, dull or dramatic, well written or confusing; the organization and presentation might have varied greatly”.

30 Although headnotes are inspired in large part by the judgment which they summarize and refer to, they are clearly not an identical copy of the reasons. The authors must select specific elements of the decision and can arrange them in numerous different ways. Making these decisions requires the exercise of skill and judgment. The authors must use their knowledge about the law and developed ability to determine legal *rations* to produce the headnotes. They must also use their capacity for discernment to decide which parts of the judgment warrant inclusion in the headnotes. This process is more than just a mechanical exercise. Thus the headnotes constitute “original” works in which copyright subsists.

(ii) *Case Summary*

31 For substantially the same reasons as given for headnotes, the case summary is also covered by copyright. A summary of judicial reasons is not simply a copy of the original reasons. Even if the summary often contains the same language as the judicial reasons, the act of choosing which portions to extract and how to arrange them in the summary requires an exercise of skill and judgment.

(i) *Sommaires*

La Cour d’appel fédérale a statué que les « sommaires », y compris le résumé de l’affaire, les mots clés, l’exposé de l’affaire, l’intitulé répertorié et les autres renseignements relatifs aux motifs du jugement, n’étaient pas que de simples copies et constituaient donc des œuvres « originales » conférant un droit d’auteur. Elle a estimé que les sommaires étaient davantage qu’une version abrégée des motifs, qu’ils comportaient des caractéristiques composées de façon indépendante. Comme le juge Linden l’a expliqué, au par. 73, les auteurs des sommaires auraient pu choisir de rédiger des résumés « longs ou courts, techniques ou simples, ternes ou remarquables, bien écrits ou confus; leur arrangement et leur présentation auraient pu varier grandement ».

Même si un sommaire s’inspire en grande partie du jugement qu’il résume et auquel il renvoie, il ne s’agit manifestement pas d’une copie identique des motifs. L’auteur doit choisir des éléments précis de la décision et il peut les présenter de nombreuses façons différentes. Ces choix supposent l’exercice du talent et du jugement. Le rédacteur doit faire appel à ses connaissances juridiques et à l’aptitude qu’il a acquise pour cerner la *ratio decidendi* de la décision. Il doit également faire appel à sa faculté de discernement pour décider quelles parties du jugement doivent figurer dans le sommaire. Il ne s’agit pas d’une entreprise purement mécanique. Un sommaire constitue donc une œuvre « originale » conférant le droit d’auteur.

(ii) *Résumé jurisprudentiel*

Essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exprimés concernant les sommaires, le résumé jurisprudentiel est également protégé par le droit d’auteur. Le résumé des motifs d’un jugement n’est pas que la copie des motifs originaux. Même si le résumé reprend souvent les mêmes termes que les motifs du jugement, le choix des extraits et leur agencement requièrent l’exercice du talent et du jugement.

(iii) *Topical Index*

The topical index is part of the book *Canada GST Cases* (1997). It provides a listing of cases with short headings to indicate the main topics covered by the decision and very brief summaries of the decisions. The Federal Court of Appeal held that the index was original in that it required skill and effort to compile. I agree. The author of the index had to make an initial decision as to which cases were authorities on GST. This alone is a decision that would require the exercise of skill and judgment. The author also had to decide which headings to include and which cases should fall under which headings. He or she had to distill the essence of the decisions down to a succinct one-phrase summary. All of these tasks require skill and judgment that are sufficient to conclude that the topical index is an “original” work in which copyright subsists.

(iv) *Reported Judicial Decisions*

The reported judicial decisions, when properly understood as a compilation of the headnote and the accompanying edited judicial reasons, are “original” works covered by copyright. Copyright protects originality of form or expression. A compilation takes existing material and casts it in a different form. The arranger does not have copyright in the individual components. However, the arranger may have copyright in the form represented by the compilation. “It is not the several components that are the subject of the copyright, but the over-all arrangement of them which the plaintiff through his industry has produced”: *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (B.C.S.C.), at p. 84; see also *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.), at p. 469.

The reported judicial decisions here at issue meet the test for originality. The authors have arranged the case summary, catchlines, case title, case information (the headnotes) and the judicial reasons in a specific manner. The arrangement of these different

(iii) *Index analytique*

L’index analytique fait partie de l’ouvrage *Canada GST Cases* (1997). Il fournit une liste de décisions accompagnées de courtes rubriques indiquant les principaux sujets abordés et d’un très bref résumé. La Cour d’appel fédérale a statué qu’il était original en ce que sa compilation exigeait habileté et effort. C’est également mon avis. L’auteur de l’index a dû faire un tri initial pour repérer les affaires décisives en matière de TPS. À lui seul, ce tri appelle l’exercice du talent et du jugement. L’auteur a dû également décider des rubriques et choisir les décisions qui figureraient sous chacune d’elles. Il lui a fallu dégager l’essence de chacune des décisions et l’exprimer dans une phrase succincte. Toutes ces opérations nécessitent un talent et un jugement suffisamment importants pour qu’on puisse conclure que l’index analytique est une œuvre « originale » conférant le droit d’auteur.

(iv) *Décisions judiciaires publiées*

Les décisions judiciaires publiées, considérées à juste titre comme une compilation du sommaire et des motifs judiciaires révisés qui l’accompagnent, sont des œuvres « originales » protégées par le droit d’auteur. Celui-ci protège l’originalité de la forme ou de l’expression. Une compilation consiste dans la présentation, sous une forme différente, d’éléments existants. Celui qui l’effectue n’a aucun droit d’auteur sur les composantes individuelles. Cependant, il peut détenir un droit d’auteur sur la forme que prend la compilation. [TRADUCTION] « Ce ne sont pas les divers éléments qui sont visés par le droit d’auteur, mais bien leur agencement global qui est le fruit du travail du demandeur » : *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. c. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (C.S.C.-B.), p. 84; voir également *Ladbroke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.), p. 469.

Les décisions judiciaires publiées qui sont visées en l’espèce satisfont au critère d’originalité. Les auteurs ont agencé de façon particulière le résumé jurisprudentiel, les mots clés, l’intitulé répertorié, les renseignements relatifs aux motifs

32

33

34

components requires the exercise of skill and judgment. The compilation, viewed globally, attracts copyright protection.

35 This said, the judicial reasons in and of themselves, without the headnotes, are not original works in which the publishers could claim copyright. The changes made to judicial reasons are relatively trivial; the publishers add only basic factual information about the date of the judgment, the court and the panel hearing the case, counsel for each party, lists of cases, statutes and parallel citations. The publishers also correct minor grammatical errors and spelling mistakes. Any skill and judgment that might be involved in making these minor changes and additions to the judicial reasons are too trivial to warrant copyright protection. The changes and additions are more properly characterized as a mere mechanical exercise. As such, the reported reasons, when disentangled from the rest of the compilation — namely the headnote — are not covered by copyright. It would not be copyright infringement for someone to reproduce only the judicial reasons.

36 In summary, the headnotes, case summary, topical index and compilation of reported judicial decisions are all works that have originated from their authors and are not mere copies. They are the product of the exercise of skill and judgment that is not trivial. As such, they are all “original” works in which copyright subsists. The appeal of these findings should be dismissed.

(2) *Authorization: The Self-Service Photocopiers*

(a) The Law

37 Under s. 27(1) of the *Copyright Act*, it is an infringement of copyright for anyone to do anything that the Act only allows owners to do, including authorizing the exercise of his or her own rights. It does not infringe copyright to authorize a person

du jugement (les sommaires) et les motifs de la décision. L’agencement de ces différents éléments nécessite l’exercice du talent et du jugement. Considérée globalement, la compilation confère un droit d’auteur.

Cela dit, les motifs de la décision en eux-mêmes, sans les sommaires, ne constituent pas des œuvres originales sur lesquelles les éditeurs peuvent revendiquer un droit d’auteur. Les modifications apportées aux motifs de la décision sont relativement mineures; les éditeurs ne font qu’ajouter des données factuelles de base comme la date du jugement, le nom de la Cour et du ou des juges qui ont entendu l’affaire, le nom des avocats des parties, les décisions, lois, règlements et règles cités, ainsi que les références parallèles. Les éditeurs corrigent également les erreurs grammaticales mineures et les fautes d’orthographe. Le talent et le jugement susceptibles d’être mis à contribution pour apporter ces modifications et ces ajouts mineurs sont trop banals pour justifier la protection du droit d’auteur. Il est plus juste d’y voir une simple opération mécanique. Les motifs publiés, une fois dissociés du reste de la compilation — savoir le sommaire — ne sont donc pas visés par le droit d’auteur. La seule reproduction des motifs de la décision ne viole pas le droit d’auteur.

Pour résumer, les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l’index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont tous des œuvres émanant de leur auteur et ne sont pas de simples copies. Ils sont le produit de l’exercice non négligeable du talent et du jugement. De ce fait, il s’agit d’œuvres « originales » conférant un droit d’auteur. Le pourvoi formé relativement à ces conclusions doit être rejeté.

(2) *Autorisation : Les photocopieuses libre-service*

a) Le droit

Suivant le par. 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement d'un acte que seul le titulaire du droit d'auteur a, en vertu de la Loi, la faculté d'accomplir, y compris autoriser l'exercice de

to do something that would not constitute copyright infringement. See *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676, at p. 680. The publishers argue that the Law Society is liable for breach of copyright under this section because it implicitly authorized patrons of the Great Library to copy works in breach of the *Copyright Act*.

“Authorize” means to “sanction, approve and countenance”: *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 S.C.R. 182, at p. 193; *De Tervagne v. Belœil (Town)*, [1993] 3 F.C. 227 (T.D.). Countenance in the context of authorizing copyright infringement must be understood in its strongest dictionary meaning, namely, “[g]ive approval to; sanction, permit; favour, encourage”: see *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), vol. 1, at p. 526. Authorization is a question of fact that depends on the circumstances of each particular case and can be inferred from acts that are less than direct and positive, including a sufficient degree of indifference: *CBS Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch. D.), at pp. 823-24. However, a person does not authorize infringement by authorizing the mere use of equipment that could be used to infringe copyright. Courts should presume that a person who authorizes an activity does so only so far as it is in accordance with the law: *Muzak, supra*. This presumption may be rebutted if it is shown that a certain relationship or degree of control existed between the alleged authorizer and the persons who committed the copyright infringement: *Muzak, supra*; *De Tervagne, supra*; see also J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 21-104, and P. D. Hitchcock, “Home Copying and Authorization” (1983), 67 C.P.R. (2d) 17, at pp. 29-33.

ses propres droits. Autoriser une personne à faire une chose qui ne constitue pas une contrefaçon ne viole pas le droit d'auteur. Voir *Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676, p. 680. Les éditeurs font valoir que le Barreau est responsable, en vertu de cette disposition, du non-respect du droit d'auteur pour avoir autorisé tacitement les usagers de la Grande bibliothèque à copier des œuvres en contravention de la *Loi sur le droit d'auteur*.

38

« Autoriser » signifie « sanctionner, appuyer ou soutenir » (« *sanction, approve and countenance* »): *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 182, p. 193; *De Tervagne c. Belœil (Ville)*, [1993] 3 C.F. 227 (1^{re} inst.). Lorsqu'il s'agit de déterminer si une violation du droit d'auteur a été autorisée, il faut attribuer au terme « *countenance* » son sens le plus fort mentionné dans le dictionnaire, soit [TRADUCTION] « approuver, sanctionner, permettre, favoriser, encourager » : voir *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), vol. 1, p. 526. L'autorisation est néanmoins une question de fait qui dépend de la situation propre à chaque espèce et peut s'inférer d'agissements qui ne sont pas des actes directs et positifs, et notamment d'un degré suffisamment élevé d'indifférence : *CBS Inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 (Ch. D.), p. 823-824. Toutefois, ce n'est pas autoriser la violation du droit d'auteur que de permettre la simple utilisation d'un appareil susceptible d'être utilisé à cette fin. Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité : *Muzak*, précité. Cette présomption peut être réfutée par la preuve qu'il existait une certaine relation ou un certain degré de contrôle entre l'auteur allégué de l'autorisation et les personnes qui ont violé le droit d'auteur : *Muzak*, précité; *De Tervagne*, précité. Voir également J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 21-104, et P. D. Hitchcock, « Home Copying and Authorization » (1983), 67 C.P.R. (2d) 17, p. 29-33.

(b) Application of the Law to These Facts

39 For several decades, the Law Society has maintained self-service photocopiers for the use of its patrons in the Great Library. The patrons' use of the machines is not monitored directly. Since the mid-1980s, the Law Society has posted the following notice above each machine:

The copyright law of Canada governs the making of photocopies or other reproductions of copyright material. Certain copying may be an infringement of the copyright law. This library is not responsible for infringing copies made by the users of these machines.

At trial, the Law Society applied for a declaration that it did not authorize copyright infringement by providing self-service photocopiers for patrons of the Great Library. No evidence was tendered that the photocopiers had been used in an infringing manner.

40 The trial judge declined to deal with this issue, in part because of the limited nature of the evidence on this question. The Federal Court of Appeal, relying in part on the Australian High Court decision in *Moorhouse v. University of New South Wales*, [1976] R.P.C. 151, concluded that the Law Society implicitly sanctioned, approved or countenanced copyright infringement of the publishers' works by failing to control copying and instead merely posting a notice indicating that the Law Society was not responsible for infringing copies made by the machine's users.

41 With respect, I do not agree that this amounted to authorizing breach of copyright. *Moorhouse, supra*, is inconsistent with previous Canadian and British approaches to this issue. See D. Vaver, *Copyright Law* (2000), at p. 27, and McKeown, *supra*, at p. 21-108. In my view, the *Moorhouse* approach to authorization shifts the balance in copyright too far in favour of the owner's rights and unnecessarily interferes with the proper use of copyrighted works for the good of society as a whole.

b) Application du droit aux faits

Depuis plusieurs décennies, le Barreau met des photocopieuses libre-service à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque. L'utilisation de ces appareils par les usagers ne fait pas l'objet d'une surveillance directe. Depuis le milieu des années 80, l'avis suivant est apposé au-dessus de chaque appareil :

[TRADUCTION] La législation sur le droit d'auteur au Canada s'applique aux photocopies et autres reproductions qui sont faites de documents protégés. Certaines reproductions peuvent constituer une violation du droit d'auteur. La bibliothèque n'assume aucune responsabilité en cas de violations susceptibles d'être commises par les utilisateurs des photocopieuses.

En première instance, le Barreau a demandé un jugement déclaratoire portant qu'il n'avait pas autorisé la violation du droit d'auteur en mettant des photocopieuses libre-service à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque. Aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que les appareils avaient été utilisés de manière illicite.

Le juge de première instance a refusé de se prononcer sur la question, en partie à cause du caractère tenu de la preuve y afférente. La Cour d'appel fédérale, s'appuyant entre autres sur la décision *Moorhouse c. University of New South Wales*, [1976] R.P.C. 151, de la Haute Cour d'Australie, a conclu que le Barreau avait tacitement sanctionné, appuyé ou soutenu la violation du droit d'auteur sur les œuvres des éditeurs en omettant de surveiller la réalisation des copies et en se contentant d'afficher un avis dans lequel il déclinait toute responsabilité en cas de violation du droit d'auteur.

En toute déférence, je ne crois pas que cela équivale à autoriser la violation du droit d'auteur. La décision *Moorhouse*, précitée, est incompatible avec la jurisprudence canadienne et britannique antérieure en la matière. Voir D. Vaver, *Copyright Law* (2000), p. 27, et McKeown, *op. cit.*, p. 21-108. À mon sens, l'interprétation retenue dans *Moorhouse* penche trop en faveur des droits du titulaire et entrave inutilement l'utilisation appropriée des œuvres protégées pour le bien de l'ensemble de la société.

Applying the criteria from *Muzak, supra*, and *De Tervagne, supra*, I conclude that the Law Society's mere provision of photocopiers for the use of its patrons did not constitute authorization to use the photocopiers to breach copyright law.

First, there was no evidence that the photocopiers had been used in a manner that was not consistent with copyright law. As noted, a person does not authorize copyright infringement by authorizing the mere use of equipment (such as photocopiers) that could be used to infringe copyright. In fact, courts should presume that a person who authorizes an activity does so only so far as it is in accordance with the law. Although the Court of Appeal assumed that the photocopiers were being used to infringe copyright, I think it is equally plausible that the patrons using the machines were doing so in a lawful manner.

Second, the Court of Appeal erred in finding that the Law Society's posting of the notice constitutes an express acknowledgement that the photocopiers will be used in an illegal manner. The Law Society's posting of the notice over the photocopiers does not rebut the presumption that a person authorizes an activity only so far as it is in accordance with the law. Given that the Law Society is responsible for regulating the legal profession in Ontario, it is more logical to conclude that the notice was posted for the purpose of reminding the Great Library's patrons that copyright law governs the making of photocopies in the library.

Finally, even if there were evidence of the photocopiers having been used to infringe copyright, the Law Society lacks sufficient control over the Great Library's patrons to permit the conclusion that it sanctioned, approved or countenanced the infringement. The Law Society and Great Library patrons are not in a master-servant or employer-employee relationship such that the Law Society can be said to exercise control over the patrons who might commit infringement: see, for example, *De Tervagne, supra*. Nor does the Law Society exercise control over which works the patrons

42

À partir des critères dégagés dans *Muzak et De Tervagne*, précités, je conclus que le Barreau, en mettant des photocopieuses à la disposition des usagers, ne les a pas autorisés à se servir des appareils pour contrevénir à la législation sur le droit d'auteur.

43

Premièrement, aucune preuve n'établit que les photocopieuses ont été utilisées d'une manière incompatible avec les dispositions sur le droit d'auteur. Rappelons que ce n'est pas autoriser la violation du droit d'auteur que de permettre la simple utilisation d'un appareil (comme une photocopieuse) susceptible d'être utilisé à cette fin. Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité. Même si la Cour d'appel a tenu pour acquis que les photocopieuses étaient utilisées pour violer le droit d'auteur, je crois qu'il est également plausible que les usagers de la bibliothèque aient utilisé les appareils de manière licite.

44

Deuxièmement, la Cour d'appel a eu tort de conclure que le Barreau, en affichant l'avis, reconnaissait expressément que les photocopieuses seraient utilisées de façon illicite. La présence de l'avis ne réfute pas la présomption voulant qu'une personne n'autorise une activité que dans les limites de la légalité. Étant donné que le Barreau réglemente l'exercice du droit en Ontario, il est plus logique de conclure que l'avis a été affiché pour rappeler aux usagers de la Grande bibliothèque que la photocopie de documents de la bibliothèque est assujettie au régime du droit d'auteur.

45

Enfin, même si la preuve établissait que les photocopieuses ont été utilisées pour violer le droit d'auteur, le Barreau n'a pas un contrôle suffisant sur les usagers de la Grande bibliothèque pour que l'on puisse conclure qu'il a sanctionné, appuyé ou soutenu la violation du droit d'auteur. Il n'existe pas entre le Barreau et les usagers de la bibliothèque une relation employeur-employé permettant de conclure que le Barreau exerce un contrôle sur les usagers susceptibles de violer le droit d'auteur : voir par exemple *De Tervagne*, précité. Le Barreau n'exerce

choose to copy, the patron's purposes for copying or the photocopiers themselves.

- 46 In summary, I conclude that evidence does not establish that the Law Society authorized copyright infringement by providing self-service photocopiers and copies of the respondent publishers' works for use by its patrons in the Great Library. I would allow this ground of appeal.

(3) *The Law Society and Fair Dealing*

- 47 The Great Library provides a custom photocopy service. Upon receiving a request from a lawyer, law student, member of the judiciary or authorized researcher, the Great Library staff photocopies extracts from legal material within its collection and sends it to the requester. The question is whether this service falls within the fair dealing defence under s. 29 of the *Copyright Act* which provides: "Fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright."

(a) The Law

- 48 Before reviewing the scope of the fair dealing exception under the *Copyright Act*, it is important to clarify some general considerations about exceptions to copyright infringement. Procedurally, a defendant is required to prove that his or her dealing with a work has been fair; however, the fair dealing exception is perhaps more properly understood as an integral part of the *Copyright Act* than simply a defence. Any act falling within the fair dealing exception will not be an infringement of copyright. The fair dealing exception, like other exceptions in the *Copyright Act*, is a user's right. In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users' interests, it must not be interpreted restrictively. As Professor Vaver, *supra*, has explained, at p. 171: "User rights are not just loopholes. Both owner rights and user rights should therefore be given the fair

pas non plus de contrôle sur les œuvres que les usagers décident de copier, sur les fins auxquelles ils les copient, ni sur les photocopies elles-mêmes.

En résumé, j'estime que la preuve ne révèle pas que le Barreau a autorisé la violation du droit d'auteur en mettant des photocopies libreservice ainsi que des exemplaires des œuvres des éditeurs intimés à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque. Je ferais droit à ce moyen d'appel.

(3) *Le Barreau et l'utilisation équitable*

La Grande bibliothèque offre un service de photocopie. À la demande d'avocats, d'étudiants en droit, de membres de la magistrature ou de chercheurs autorisés, son personnel prépare des photocopies d'extraits d'ouvrages juridiques faisant partie de sa collection et les leur transmet. La question est de savoir si ce service bénéficie de l'exception prévue à l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui dispose que « [l']utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur. »

a) Le droit

Avant d'examiner la portée de l'exception au titre de l'utilisation équitable que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, il importe de clarifier certaines considérations générales relatives aux exceptions à la violation du droit d'auteur. Sur le plan procédural, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre était équitable; cependant, il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. Comme le professeur Vaver,

and balanced reading that befits remedial legislation.”

As an integral part of the scheme of copyright law, the s. 29 fair dealing exception is always available. Simply put, a library can always attempt to prove that its dealings with a copyrighted work are fair under s. 29 of the *Copyright Act*. It is only if a library were unable to make out the fair dealing exception under s. 29 that it would need to turn to s. 30.2 of the *Copyright Act* to prove that it qualified for the library exemption.

In order to show that a dealing was fair under s. 29 of the *Copyright Act*, a defendant must prove: (1) that the dealing was for the purpose of either research or private study and (2) that it was fair.

The fair dealing exception under s. 29 is open to those who can show that their dealings with a copyrighted work were for the purpose of research or private study. “Research” must be given a large and liberal interpretation in order to ensure that users’ rights are not unduly constrained. I agree with the Court of Appeal that research is not limited to non-commercial or private contexts. The Court of Appeal correctly noted, at para. 128, that “[r]esearch for the purpose of advising clients, giving opinions, arguing cases, preparing briefs and factums is nonetheless research.” Lawyers carrying on the business of law for profit are conducting research within the meaning of s. 29 of the *Copyright Act*.

The *Copyright Act* does not define what will be “fair”; whether something is fair is a question of fact and depends on the facts of each case. See McKeown, *supra*, at p. 23-6. Lord Denning explained this eloquently in *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), at p. 1027:

op. cit., l’a expliqué, à la p. 171, [TRADUCTION] « [l]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l’utilisateur doivent donc recevoir l’interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait. »

À titre de partie intégrante du régime de droit d’auteur, l’exception relative à l’utilisation équitable créée par l’art. 29 peut toujours être invoquée. Ainsi, une bibliothèque peut toujours tenter d’établir que son utilisation d’une œuvre protégée est équitable suivant l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*. C’est seulement dans le cas où elle n’est pas en mesure de prouver l’application de cette exception qu’il lui faut s’en remettre à celle que prévoit l’art. 30.2 au bénéfice des bibliothèques.

Pour établir qu’une utilisation était équitable au sens de l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, le défendeur doit prouver (1) qu’il s’agit d’une utilisation aux fins d’étude privée ou de recherche et (2) qu’elle était équitable.

Toute personne qui est en mesure de prouver qu’elle a utilisé l’œuvre protégée par le droit d’auteur aux fins de recherche ou d’étude privée peut se prévaloir de l’exception créée par l’art. 29. Il faut interpréter le mot « recherche » de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints. J’estime, comme la Cour d’appel, que la recherche ne se limite pas à celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé. La Cour d’appel a signalé à juste titre, au par. 128, que « [l]a recherche visant à conseiller des clients, donner des avis, plaider des causes et préparer des mémoires et des factums reste de la recherche. » L’avocat qui exerce le droit dans un but lucratif effectue de la recherche au sens de l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*.

La *Loi sur le droit d’auteur* ne précise pas ce qu’il faut entendre par « équitable »; il s’agit d’une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l’espèce. Voir McKeown, *op. cit.*, p. 23-6. Lord Denning l’a expliqué avec éloquence dans *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027 :

49

50

51

52

It is impossible to define what is 'fair dealing'. It must be a question of degree. You must consider first the number and extent of the quotations and extracts. Are they altogether too many and too long to be fair? Then you must consider the use made of them. If they are used as a basis for comment, criticism or review, that may be a fair dealing. If they are used to convey the same information as the author, for a rival purpose, that may be unfair. Next, you must consider the proportions. To take long extracts and attach short comments may be unfair. But, short extracts and long comments may be fair. Other considerations may come to mind also. But, after all is said and done, it must be a matter of impression. As with fair comment in the law of libel, so with fair dealing in the law of copyright. The tribunal of fact must decide.

[TRADUCTION] Il est impossible de définir l'« utilisation équitable ». C'est une question de degré. Tout d'abord, il faut tenir compte du nombre et de l'importance des citations et des extraits. Considérés globalement, sont-ils trop nombreux et trop longs pour être équitables? Il faut ensuite se pencher sur l'usage qui en est fait. S'ils sont utilisés aux fins de commentaire, de critique ou de compte rendu, il peut s'agir d'une utilisation équitable. S'ils sont employés pour transmettre la même information que l'auteur, dans un but concurrent, l'utilisation peut être inéquitable. Il faut ensuite considérer les proportions. Utiliser un long extrait et l'accompagner d'un bref commentaire peut être inéquitable. Cependant, un court extrait et un long commentaire peuvent constituer une utilisation équitable. D'autres considérations peuvent également être pertinentes. Mais, en définitive, c'est une question d'impression. L'on peut établir un parallèle entre le commentaire loyal et honnête en matière de diffamation et l'utilisation équitable en matière de droit d'auteur. Il appartient au juge des faits de trancher.

53

At the Court of Appeal, Linden J.A. acknowledged that there was no set test for fairness, but outlined a series of factors that could be considered to help assess whether a dealing is fair. Drawing on the decision in *Hubbard, supra*, as well as the doctrine of fair use in the United States, he proposed that the following factors be considered in assessing whether a dealing was fair: (1) the purpose of the dealing; (2) the character of the dealing; (3) the amount of the dealing; (4) alternatives to the dealing; (5) the nature of the work; and (6) the effect of the dealing on the work. Although these considerations will not all arise in every case of fair dealing, this list of factors provides a useful analytical framework to govern determinations of fairness in future cases.

(i) *The Purpose of the Dealing*

54

In Canada, the purpose of the dealing will be fair if it is for one of the allowable purposes under the *Copyright Act*, namely research, private study, criticism, review or news reporting: see ss. 29, 29.1 and 29.2 of the *Copyright Act*. As discussed, these allowable purposes should not be given a restrictive interpretation or this could result in the undue restriction of users' rights. This said, courts should attempt to make an objective assessment of the user/defendant's real purpose or motive in using the copyrighted work. See *McKeown, supra*, at p. 23-6.

Le juge Linden, de la Cour d'appel, a reconnu l'absence d'un critère établi permettant de dire qu'une utilisation est équitable ou non, mais il a énuméré des facteurs pouvant être pris en compte pour en décider. S'inspirant de *Hubbard*, précité, ainsi que de la doctrine américaine de l'utilisation équitable, il a énuméré les facteurs suivants : (1) le but de l'utilisation; (2) la nature de l'utilisation; (3) l'ampleur de l'utilisation; (4) les solutions de rechange à l'utilisation; (5) la nature de l'œuvre; (6) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Bien que ces facteurs ne soient pas pertinents dans tous les cas, ils offrent un cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation dans des affaires ultérieures.

(i) *Le but de l'utilisation*

Au Canada, l'utilisation ne sera manifestement pas équitable si la fin poursuivie n'est pas de celles que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, savoir la recherche, l'étude privée, la critique, le compte rendu ou la communication de nouvelles : voir les art. 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je le répète, il ne faut pas interpréter ces fins restrictivement, sinon les droits des utilisateurs pourraient être indûment restreints. Cela dit, les tribunaux doivent s'efforcer d'évaluer objectivement le but ou le motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée.

See also *Associated Newspapers Group plc v. News Group Newspapers Ltd.*, [1986] R.P.C. 515 (Ch. D.). Moreover, as the Court of Appeal explained, some dealings, even if for an allowable purpose, may be more or less fair than others; research done for commercial purposes may not be as fair as research done for charitable purposes.

(ii) *The Character of the Dealing*

In assessing the character of a dealing, courts must examine how the works were dealt with. If multiple copies of works are being widely distributed, this will tend to be unfair. If, however, a single copy of a work is used for a specific legitimate purpose, then it may be easier to conclude that it was a fair dealing. If the copy of the work is destroyed after it is used for its specific intended purpose, this may also favour a finding of fairness. It may be relevant to consider the custom or practice in a particular trade or industry to determine whether or not the character of the dealing is fair. For example, in *Sillitoe v. McGraw-Hill Book Co. (U.K.)*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. D.), the importers and distributors of "study notes" that incorporated large passages from published works attempted to claim that the copies were fair dealings because they were for the purpose of criticism. The court reviewed the ways in which copied works were customarily dealt with in literary criticism textbooks to help it conclude that the study notes were not fair dealings for the purpose of criticism.

(iii) *The Amount of the Dealing*

Both the amount of the dealing and importance of the work allegedly infringed should be considered in assessing fairness. If the amount taken from a work is trivial, the fair dealing analysis need not be undertaken at all because the court will have concluded that there was no copyright infringement. As the passage from *Hubbard* indicates, the quantity of the work taken will not be determinative of fairness, but it can help in the determination. It may be possible to deal fairly with a whole work. As Vaver points out, there might be no other way to criticize or

Voir McKeown, *op. cit.*, p. 23-6. Voir également *Associated Newspapers Group plc c. News Group Newspapers Ltd.*, [1986] R.P.C. 515 (Ch. D.). De plus, comme la Cour d'appel l'a expliqué, certaines utilisations, même à l'une des fins énumérées, peuvent être plus ou moins équitables que d'autres; la recherche effectuée à des fins commerciales peut ne pas être aussi équitable que celle effectuée à des fins de bienfaisance.

(ii) *La nature de l'utilisation*

Pour déterminer la nature d'une utilisation, le tribunal doit examiner la manière dont l'œuvre a été utilisée. Lorsque de multiples copies sont diffusées largement, l'utilisation tend à être inéquitable. Toutefois, lorsqu'une seule copie est utilisée à une fin légitime en particulier, on peut conclure plus aisément que l'utilisation était équitable. Si la copie de l'œuvre est détruite après avoir été utilisée comme prévu, cela porte également à croire qu'il s'agissait d'une utilisation équitable. L'on peut également tenir compte de l'usage ou de la pratique dans un secteur d'activité donné pour décider si la nature de l'utilisation est équitable. Par exemple, dans *Sillitoe c. McGraw-Hill Book Co. (U.K.)*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. D.), les importateurs et les distributeurs de « notes d'étude » comportant de larges extraits d'œuvres publiées ont soutenu que leur utilisation était équitable parce que la fin poursuivie était la critique. Le tribunal a examiné les pratiques courantes en la matière dans les ouvrages de critique littéraire avant de conclure que les notes d'étude ne constituaient pas une utilisation équitable aux fins de critique.

(iii) *L'ampleur de l'utilisation*

Tant l'ampleur de l'utilisation que l'importance de l'œuvre qui aurait fait l'objet d'une reproduction illicite doivent être prises en considération pour décider du caractère équitable. Lorsqu'une infime partie de l'œuvre est utilisée, il n'est pas du tout nécessaire d'entreprendre l'analyse relative au caractère équitable, car le tribunal aura conclu à l'absence de violation du droit d'auteur. Comme l'indique la citation de *Hubbard*, l'ampleur de l'extrait tiré de l'œuvre n'est pas décisive en la matière, mais elle peut présenter une certaine utilité. Il est possible

review certain types of works such as photographs: see Vaver, *supra*, at p. 191. The amount taken may also be more or less fair depending on the purpose. For example, for the purpose of research or private study, it may be essential to copy an entire academic article or an entire judicial decision. However, if a work of literature is copied for the purpose of criticism, it will not likely be fair to include a full copy of the work in the critique.

d'utiliser équitablement une œuvre entière. Comme le signale Vaver, *op. cit.*, p. 191, il peut n'y avoir aucune autre manière de critiquer certains types d'œuvre (p. ex. une photographie) ou d'en faire le compte rendu. L'ampleur de l'extrait peut aussi être plus ou moins équitable selon la fin poursuivie. Par exemple, aux fins de recherche ou d'étude privée, il peut être essentiel de reproduire en entier un exposé universitaire ou une décision de justice. Cependant, lorsqu'une œuvre littéraire est reproduite aux fins de critique, il ne sera vraisemblablement pas équitable de la copier intégralement.

(iv) *Alternatives to the Dealing*

57 Alternatives to dealing with the infringed work may affect the determination of fairness. If there is a non-copyrighted equivalent of the work that could have been used instead of the copyrighted work, this should be considered by the court. I agree with the Court of Appeal that it will also be useful for courts to attempt to determine whether the dealing was reasonably necessary to achieve the ultimate purpose. For example, if a criticism would be equally effective if it did not actually reproduce the copyrighted work it was criticizing, this may weigh against a finding of fairness.

(v) *The Nature of the Work*

58 The nature of the work in question should also be considered by courts assessing whether a dealing is fair. Although certainly not determinative, if a work has not been published, the dealing may be more fair in that its reproduction with acknowledgement could lead to a wider public dissemination of the work — one of the goals of copyright law. If, however, the work in question was confidential, this may tip the scales towards finding that the dealing was unfair. See *Beloff v. Pressdram Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 241 (Ch. D.), at p. 264.

(vi) *Effect of the Dealing on the Work*

59 Finally, the effect of the dealing on the work is another factor warranting consideration when courts are determining whether a dealing is fair. If

(iv) *Solutions de recharge à l'utilisation*

L'existence de solutions de recharge à l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur peut avoir une incidence sur le caractère équitable ou inéquitable de l'utilisation. Lorsqu'un équivalent non protégé aurait pu être utilisé à la place de l'œuvre, le tribunal devra en tenir compte. Je pense, comme la Cour d'appel, qu'il sera également utile de tenter de déterminer si l'utilisation était raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée. À titre d'exemple, le fait qu'une critique aurait été tout aussi efficace sans la reproduction de l'œuvre protégée pourra militer contre le caractère équitable de l'utilisation.

(v) *La nature de l'œuvre*

Le tribunal doit également tenir compte de la nature de l'œuvre pour décider du caractère équitable de son utilisation. Bien qu'il ne s'agisse certainement pas d'un facteur décisif, l'utilisation d'une œuvre non publiée sera davantage susceptible d'être équitable du fait que sa reproduction accompagnée d'une indication de la source pourra mener à une diffusion plus large de l'œuvre en question, ce qui est l'un des objectifs du régime de droit d'auteur. Par contre, si l'œuvre en question était confidentielle, la balance pourra pencher en faveur du caractère inéquitable de l'utilisation. Voir *Beloff c. Pressdram Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 241 (Ch. D.), p. 264.

(vi) *L'effet de l'utilisation sur l'œuvre*

Enfin, l'effet sur l'œuvre est un autre facteur à prendre en considération pour décider si l'utilisation est équitable. La concurrence que la reproduction

the reproduced work is likely to compete with the market of the original work, this may suggest that the dealing is not fair. Although the effect of the dealing on the market of the copyright owner is an important factor, it is neither the only factor nor the most important factor that a court must consider in deciding if the dealing is fair. See, for example, *Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television Ltd.*, [1999] F.S.R. 610 (C.A.), *per* Robert Walker L.J.

To conclude, the purpose of the dealing, the character of the dealing, the amount of the dealing, the nature of the work, available alternatives to the dealing and the effect of the dealing on the work are all factors that could help determine whether or not a dealing is fair. These factors may be more or less relevant to assessing the fairness of a dealing depending on the factual context of the allegedly infringing dealing. In some contexts, there may be factors other than those listed here that may help a court decide whether the dealing was fair.

(b) Application of the Law to These Facts

In 1996, the Law Society implemented an “Access to the Law Policy” (“Access Policy”) which governs the Great Library’s custom photocopy service and sets limits on the types of requests that will be honoured:

Access to the Law Policy

The Law Society of Upper Canada, with the assistance of the resources of the Great Library, supports the administration of justice and the rule of law in the Province of Ontario. The Great Library’s comprehensive catalogue of primary and secondary legal sources, in print and electronic media, is open to lawyers, articling students, the judiciary and other authorized researchers. Single copies of library materials, required for the purposes of research, review, private study and criticism, as well as use in court, tribunal and government proceedings, may be provided to users of the Great Library.

This service supports users of the Great Library who require access to legal materials while respecting the copyright of the publishers of such materials, in keeping with the fair dealing provisions in Section 27 of the Canadian Copyright Act.

est susceptible d’exercer sur le marché de l’œuvre originale peut laisser croire que l’utilisation n’est pas équitable. Même si l’effet de l’utilisation sur le marché est un facteur important, ce n’est ni le seul ni le plus important. Voir par exemple *Pro Sieben Media AG c. Carlton UK Television Ltd.*, [1999] F.S.R. 610 (C.A.), le lord juge Robert Walker.

En conclusion, le but de l’utilisation, la nature de l’utilisation, l’ampleur de l’utilisation, la nature de l’œuvre, les solutions de recharge à l’utilisation et l’effet de l’utilisation sur l’œuvre sont tous des facteurs qui peuvent contribuer à la détermination du caractère équitable ou inéquitable de l’utilisation. Ces facteurs peuvent être plus ou moins pertinents selon le contexte factuel de la violation alléguée du droit d’auteur. Dans certains cas, d’autres facteurs que ceux énumérés peuvent aider le tribunal à statuer sur le caractère équitable de l’utilisation.

b) L’application du droit aux faits de l’espèce

En 1996, le Barreau a mis en œuvre une « Politique d’accès à l’information juridique » (la « Politique d’accès ») régissant le service de photocopie de la Grande bibliothèque et précisant quelles sortes de demandes seraient acceptées :

Politique d'accès à l'information juridique

Le Barreau du Haut-Canada et la Grande bibliothèque sont au service de l’administration de la justice et de la primauté du droit en Ontario. Les membres du Barreau et de la magistrature, les stagiaires en droit et autres personnes autorisées qui font de la recherche peuvent se servir du vaste catalogue de sources d’information juridique primaires et secondaires, sur support papier ou électronique, constitué par la Grande bibliothèque. Les usagers de la Grande bibliothèque peuvent obtenir une seule copie des documents faisant partie de sa collection à des fins de compte rendu, d’étude privée, de recherche ou de critique ou aux fins d’une instance judiciaire ou d’une audience devant un organisme gouvernemental.

Le service d’accès à l’information juridique respecte le droit d’auteur des éditeurs des divers documents faisant partie de la collection de la Grande bibliothèque, conformément aux principes d’utilisation équitable énoncés à l’article 27 de la Loi sur le droit d’auteur du Canada.

Guidelines to Access

1. The Access to the Law service provides single copies for specific purposes, identified in advance to library staff.
2. The specific purposes are research, review, private study and criticism, as well as use in court, tribunal and government proceedings. Any doubt concerning the legitimacy of the request for these purposes will be referred to the Reference Librarian.
3. The individual must identify him/herself and the purpose at the time of making the request. A request form will be completed by library staff, based on information provided by the requesting party.
4. As to the amount of copying, discretion must be used. No copies will be made for any purpose other than that specifically set out on the request form. Ordinarily, requests for a copy of one case, one article or one statutory reference will be satisfied as a matter of routine. Requests for substantial copying from secondary sources (e.g. in excess of 5% of the volume or more than two citations from one volume) will be referred to the Reference Librarian and may ultimately be refused.
5. This service is provided on a not for profit basis. The fee charged for this service is intended to cover the costs of the Law Society.

When the Access Policy was introduced, the Law Society specified that it reflected the policy that the Great Library had been following in the past; it did not change the Law Society's approach to its custom photocopy service.

62 At trial, the Law Society claimed that its custom photocopy service does not infringe copyright because it is a fair dealing within the meaning of s. 29 of the *Copyright Act*. The trial judge held that the fair dealing exception should be strictly construed. He concluded that copying for the custom photocopy service was not for the purpose of either research or study and therefore was not within the ambit of fair dealing. The Court of Appeal rejected the argument that the fair dealing exception should be interpreted restrictively. The majority held that

Lignes directrices du service d'accès

1. Le service d'accès à l'information juridique fournit une seule copie des documents demandés à des fins précises, à condition que celles-ci soient communiquées d'avance au personnel de la Grande bibliothèque.
2. Les fins visées sont la recherche, le compte-rendu, l'étude privée ou la critique, de même que l'utilisation lors d'une instance judiciaire ou d'une audience devant un organisme gouvernemental. En cas de doute, les bibliothécaires de référence décideront si la demande est légitime.
3. Quiconque présente une demande doit faire connaître son identité et préciser à quelles fins la copie est destinée. Le personnel de la Grande bibliothèque transcrit alors ces renseignements sur un formulaire de demande.
4. Le nombre de documents que le service d'accès à l'information juridique acceptera de photocopier varie. Aucune copie ne sera faite à des fins autres que celles énoncées sur le formulaire de demande. En général, le personnel accepte de photocopier une décision, un article ou un court extrait de la loi. Par contre, les demandes portant sur un large extrait d'une source secondaire (plus de 5 pour 100 d'un volume par exemple ou plus de deux citations ou extraits d'un même volume) seront soumises aux bibliothécaires de référence, qui sont en droit de les refuser.
5. Ce service est à but non lucratif. Les frais facturés correspondent uniquement aux coûts encourus par le Barreau.

Le Barreau avait indiqué, au moment de son adoption, que sa Politique d'accès était dans le droit fil de celle appliquée jusqu'alors par la Grande bibliothèque et que sa conception du service de photocopie demeurait inchangée.

En première instance, le Barreau a fait valoir que son service de photocopie ne viole pas le droit d'auteur parce qu'il s'agit d'une utilisation équitable au sens de l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le juge de première instance a dit que l'exception au titre de l'utilisation équitable devait être interprétée strictement. Il a conclu que les copies n'étaient pas réalisées aux fins de recherche ou d'étude et qu'il ne s'agissait donc pas d'une utilisation équitable. La Cour d'appel a rejeté l'argument que l'exception au titre de l'utilisation équitable devait être interprétée

the Law Society could rely on the purposes of its patrons to prove that its dealings were fair. The Court of Appeal concluded, however, that there was not sufficient evidence to determine whether or not the dealings were fair and, consequently, that the fair dealing exception had not been proven.

This raises a preliminary question: is it incumbent on the Law Society to adduce evidence that every patron uses the material provided for in a fair dealing manner or can the Law Society rely on its general practice to establish fair dealing? I conclude that the latter suffices. Section 29 of the *Copyright Act* states that “[f]air dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright.” The language is general. “Dealing” connotes not individual acts, but a practice or system. This comports with the purpose of the fair dealing exception, which is to ensure that users are not unduly restricted in their ability to use and disseminate copyrighted works. Persons or institutions relying on the s. 29 fair dealing exception need only prove that their own dealings with copyrighted works were for the purpose of research or private study and were fair. They may do this either by showing that their own practices and policies were research-based and fair, or by showing that all individual dealings with the materials were in fact research-based and fair.

The Law Society’s custom photocopying service is provided for the purpose of research, review and private study. The Law Society’s Access Policy states that “[s]ingle copies of library materials, required for the purposes of research, review, private study and criticism . . . may be provided to users of the Great Library.” When the Great Library staff make copies of the requested cases, statutes, excerpts from legal texts and legal commentary, they do so for the purpose of research. Although the retrieval and photocopying of legal works are not research in and of themselves, they are necessary

strictement. Les juges majoritaires ont statué que le Barreau pouvait se fonder sur les fins poursuivies par les usagers pour établir que son utilisation des œuvres était équitable. La Cour d’appel a cependant conclu que la preuve ne permettait pas de décider si l’utilisation était équitable ou non et, par conséquent, que l’application de l’exception en cause n’avait pas été établie.

Cela soulève une question préliminaire : le Barreau est-il tenu de prouver que chacun des usagers utilise de manière équitable les ouvrages mis à sa disposition, ou peut-il s’appuyer sur sa pratique générale pour établir le caractère équitable de l’utilisation? Je conclus que ce dernier élément suffit. L’article 29 de la *Loi sur le droit d’auteur* dispose que « [l]’utilisation équitable d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur aux fins d’étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d’auteur. » Les termes employés sont généraux. « Utilisation » ne renvoie pas à un acte individuel, mais bien à une pratique ou à un système. Cela est compatible avec l’objet de l’exception au titre de l’utilisation équitable, qui est de faire en sorte que la faculté des utilisateurs d’utiliser et de diffuser des œuvres protégées ne soit pas indûment limitée. La personne ou l’établissement qui invoque l’exception prévue à l’art. 29 doit seulement prouver qu’il a utilisé l’œuvre protégée aux fins de recherche ou d’étude privée et que cette utilisation était équitable. Il peut le faire en établissant soit que ses propres pratiques et politiques étaient axées sur la recherche et équitables, soit que toutes les utilisations individuelles des ouvrages étaient de fait axées sur la recherche et équitables.

Le service de photocopie du Barreau est offert aux fins de recherche, de compte rendu et d’étude privée. La Politique d’accès du Barreau dispose que « [l]es usagers de la Grande bibliothèque peuvent obtenir une seule copie des documents faisant partie de sa collection à des fins de compte rendu, d’étude privée, de recherche ou de critique ou aux fins d’une instance judiciaire ou d’une audience devant un organisme gouvernemental. » C’est aux fins de recherche que les membres du personnel de la Grande bibliothèque photocopient sur demande décisions, lois, extraits de textes juridiques ou

63

64

conditions of research and thus part of the research process. The reproduction of legal works is for the purpose of research in that it is an essential element of the legal research process. There is no other purpose for the copying; the Law Society does not profit from this service. Put simply, its custom photocopy service helps to ensure that legal professionals in Ontario can access the materials necessary to conduct the research required to carry on the practice of law. In sum, the Law Society's custom photocopy service is an integral part of the legal research process, an allowable purpose under s. 29 of the *Copyright Act*.

65 The evidence also establishes that the dealings were fair, having regard to the factors discussed earlier.

(i) *Purpose of the Dealing*

66 The Access Policy and its safeguards weigh in favour of finding that the dealings were fair. It specifies that individuals requesting copies must identify the purpose of the request for these requests to be honoured, and provides that concerns that a request is not for one of the legitimate purposes under the fair dealing exceptions in the *Copyright Act* are referred to the Reference Librarian. This policy provides reasonable safeguards that the materials are being used for the purpose of research and private study.

(ii) *Character of the Dealing*

67 The character of the Law Society's dealings with the publishers' works also supports a finding of fairness. Under the Access Policy, the Law Society provides single copies of works for the specific purposes allowed under the *Copyright Act*. There is no evidence that the Law Society was disseminating multiple copies of works to multiple members of the legal profession. Copying a work for the purpose of research on a specific legal topic is generally a fair dealing.

articles de doctrine. Même si la recherche documentaire et la photocopie d'ouvrages juridiques ne constituent pas de la recherche comme telle, elles sont nécessaires au processus de recherche et en font donc partie. La reproduction d'ouvrages juridiques est effectuée aux fins de recherche en ce qu'il s'agit d'un élément essentiel du processus de recherche juridique. La photocopie n'a aucune autre fin; le Barreau ne tire aucun bénéfice de ce service. Le service de photocopie du Barreau contribue simplement à faire en sorte que les juristes de l'Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l'exercice du droit. En somme, ce service fait partie intégrante du processus de recherche juridique, et la fin qui le soutient est conforme à l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

La preuve révèle également que l'utilisation était équitable au regard des facteurs mentionnés précédemment.

(i) *Le but de l'utilisation*

La Politique d'accès et ses garanties incitent à conclure que l'utilisation était équitable. La personne qui demande une copie doit préciser à quelle fin elle la destine, et lorsque la légitimité de cette fin soulève un doute, il appartient aux bibliothécaires de référence de décider de l'application de l'exception au titre de l'utilisation équitable que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*. Cette politique garantit raisonnablement que les ouvrages seront utilisés aux fins de recherche et d'étude privée.

(ii) *La nature de l'utilisation*

La nature de l'utilisation des ouvrages des éditeurs par le Barreau permet également de conclure à son caractère équitable. Suivant la Politique d'accès, le Barreau fournit une seule copie des documents aux fins expressément autorisées par la *Loi sur le droit d'auteur*. Aucune preuve n'établit que le Barreau a distribué de multiples copies d'ouvrages à de multiples membres de la profession juridique. Copier une œuvre aux fins d'une recherche juridique portant sur un sujet en particulier constitue généralement une utilisation équitable.

(iii) *Amount of the Dealing*

The Access Policy indicates that the Great Library will exercise its discretion to ensure that the amount of the dealing with copyrighted works will be reasonable. The Access Policy states that the Great Library will typically honour requests for a copy of one case, one article or one statutory reference. It further stipulates that the Reference Librarian will review requests for a copy of more than five percent of a secondary source and that, ultimately, such requests may be refused. This suggests that the Law Society's dealings with the publishers' works are fair. Although the dealings might not be fair if a specific patron of the Great Library submitted numerous requests for multiple reported judicial decisions from the same reported series over a short period of time, there is no evidence that this has occurred.

(iv) *Alternatives to the Dealing*

It is not apparent that there are alternatives to the custom photocopy service employed by the Great Library. As the Court of Appeal points out, the patrons of the custom photocopying service cannot reasonably be expected to always conduct their research on-site at the Great Library. Twenty percent of the requesters live outside the Toronto area; it would be burdensome to expect them to travel to the city each time they wanted to track down a specific legal source. Moreover, because of the heavy demand for the legal collection at the Great Library, researchers are not allowed to borrow materials from the library. If researchers could not request copies of the work or make copies of the works themselves, they would be required to do all of their research and note-taking in the Great Library, something which does not seem reasonable given the volume of research that can often be required on complex legal matters.

The availability of a licence is not relevant to deciding whether a dealing has been fair. As discussed, fair dealing is an integral part of the scheme of copyright law in Canada. Any act falling within the fair dealing exception will not infringe copyright. If a copyright owner were allowed to license people to use its work and then point to a person's

(iii) *L'ampleur de l'utilisation*

La Politique d'accès précise que la Grande bibliothèque veille à ce que l'ampleur de l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur demeure raisonnable. Elle ajoute que le personnel accepte généralement de photocopier une décision, un article ou un court extrait d'une loi. De plus, une demande portant sur plus de cinq pour cent d'une source secondaire sera soumise à l'approbation d'un bibliothécaire de référence qui, en fin de compte, pourra la refuser. Cela porte à croire que l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau est équitable. L'utilisation peut être inéquitable lorsque, dans un court laps de temps, un usager de la Grande bibliothèque présente de nombreuses demandes visant de multiples décisions judiciaires publiées dans les mêmes recueils, mais aucun élément n'établit que cela s'est produit.

(iv) *Solutions de rechange à l'utilisation*

Il ne semble pas y avoir de solutions de rechange au service de photocopie offert par la Grande bibliothèque. Comme la Cour d'appel le signale, l'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que les usagers effectuent toujours leurs recherches sur place. Vingt pour cent des demandeurs n'habitent pas la région de Toronto; il serait excessif de les obliger à s'y rendre chaque fois qu'ils veulent mettre la main sur une source juridique en particulier. De plus, comme la collection juridique de la Grande bibliothèque fait l'objet d'une forte demande, les chercheurs ne sont pas autorisés à emprunter des ouvrages. Si les chercheurs ne pouvaient obtenir de photocopies des ouvrages ou les photocopier eux-mêmes, ils seraient contraints d'effectuer la totalité de leurs recherches à la Grande bibliothèque et d'y prendre des notes, ce qui ne paraît pas raisonnable compte tenu de l'ampleur de la recherche que requièrent souvent les sujets juridiques complexes.

La possibilité d'obtenir une licence n'est pas pertinente pour décider du caractère équitable d'une utilisation. Tel qu'il est mentionné précédemment, l'utilisation équitable fait partie intégrante du régime de droit d'auteur au Canada. Un acte visé par l'exception au titre de l'utilisation équitable ne violera pas le droit d'auteur. Si, comme preuve du

68

69

70

decision not to obtain a licence as proof that his or her dealings were not fair, this would extend the scope of the owner's monopoly over the use of his or her work in a manner that would not be consistent with the *Copyright Act*'s balance between owner's rights and user's interests.

caractère inéquitable de l'utilisation, le titulaire du droit d'auteur ayant la faculté d'octroyer une licence pour l'utilisation de son œuvre pouvait invoquer la décision d'une personne de ne pas obtenir une telle licence, il en résulterait un accroissement de son monopole sur l'œuvre qui serait incompatible avec l'équilibre qu'établit la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur.

(v) *Nature of the Work*

71

I agree with the Court of Appeal that the nature of the works in question — judicial decisions and other works essential to legal research — suggests that the Law Society's dealings were fair. As Linden J.A. explained, at para. 159: "It is generally in the public interest that access to judicial decisions and other legal resources not be unjustifiably restrained." Moreover, the Access Policy puts reasonable limits on the Great Library's photocopy service. It does not allow all legal works to be copied regardless of the purpose to which they will be put. Requests for copies will be honoured only if the user intends to use the works for the purpose of research, private study, criticism, review or use in legal proceedings. This further supports a finding that the dealings were fair.

(v) *La nature de l'œuvre*

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la nature des œuvres en cause — les décisions judiciaires et d'autres œuvres essentielles à la recherche juridique — porte à croire que leur utilisation par le Barreau était équitable. Comme l'a expliqué le juge Linden, au par. 159, « [i]l est généralement dans l'intérêt du public que l'accès aux décisions judiciaires et autres ressources juridiques ne soit pas limité sans justification. » En outre, la Politique d'accès circonscrit convenablement le service de photocopie de la Grande bibliothèque. Elle ne permet pas que tout ouvrage juridique soit photocopié à n'importe quelle fin. Une demande ne sera acceptée que si l'usager compte utiliser l'œuvre aux fins de recherche, d'étude privée, de critique ou de compte rendu, ou encore pour les besoins d'une instance judiciaire. Voilà qui étaye davantage la thèse de l'utilisation équitable.

(vi) *Effect of the Dealing on the Work*

72

Another consideration is that no evidence was tendered to show that the market for the publishers' works had decreased as a result of these copies having been made. Although the burden of proving fair dealing lies with the Law Society, it lacked access to evidence about the effect of the dealing on the publishers' markets. If there had been evidence that the publishers' markets had been negatively affected by the Law Society's custom photocopying service, it would have been in the publishers' interest to tender it at trial. They did not do so. The only evidence of market impact is that the publishers have continued to produce new reporter series and legal publications during the period of the custom photocopy service's operation.

(vi) *L'effet de l'utilisation sur l'œuvre*

Par ailleurs, aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que les copies produites ont fait flétrir le marché des œuvres des éditeurs. Même s'il lui incombe de prouver que l'utilisation était équitable, le Barreau n'avait pas accès aux données sur l'effet de l'utilisation sur ce marché. S'il avait existé une preuve que le service de photocopie du Barreau avait eu une incidence néfaste sur ce marché, il aurait été dans l'intérêt des éditeurs de la présenter au procès. Ils ne l'ont pas fait. La seule preuve relative à l'effet sur le marché est que les éditeurs ont continué à produire de nouveaux recueils et de nouvelles publications juridiques pendant que le service de photocopie était offert.

(vii) *Conclusion*

The factors discussed, considered together, suggest that the Law Society's dealings with the publishers' works through its custom photocopy service were research-based and fair. The Access Policy places appropriate limits on the type of copying that the Law Society will do. It states that not all requests will be honoured. If a request does not appear to be for the purpose of research, criticism, review or private study, the copy will not be made. If a question arises as to whether the stated purpose is legitimate, the Reference Librarian will review the matter. The Access Policy limits the amount of work that will be copied, and the Reference Librarian reviews requests that exceed what might typically be considered reasonable and has the right to refuse to fulfill a request. On these facts, I conclude that the Law Society's dealings with the publishers' works satisfy the fair dealing defence and that the Law Society does not infringe copyright.

(4) *Canada Law Book's Consent*

Under s. 27(1) of the *Copyright Act*, a person infringes copyright if he or she does something that only the owner of the copyright has the right to do without the owner's consent. On appeal to this Court, the Law Society submits that six of the items that the respondent publishers have claimed were copied in infringement of copyright were copied at the request of Jean Cummings, a lawyer who had been asked by Canada Law Book's Vice-President to obtain copies of these works from the Law Society. As such, the Law Society contends that the copies were made with the consent of Canada Law Book and therefore were not an infringement of copyright.

This issue was not really addressed in the courts below. In light of my findings on the issue of fair dealing, it is not necessary to answer this question to dispose of this appeal, and I decline to do so.

(5) *Conclusion on Main Appeal*

I would allow the appeal and issue a declaration that the Law Society does not infringe copyright

(vii) *Conclusion*

73

Considérés globalement, les facteurs susmentionnés incitent à conclure que l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau, dans le cadre de son service de photocopie, était axée sur la recherche et équitable. La Politique d'accès circonscrit adéquatement le service de photocopie offert. Elle précise que toutes les demandes ne seront pas acceptées. Lorsque la fin poursuivie ne semblera pas être la recherche, la critique, le compte rendu ou l'étude privée, la demande sera refusée. En cas de doute quant à la légitimité de la fin poursuivie, il appartiendra aux bibliothécaires de référence de trancher. La Politique d'accès limite l'ampleur de l'extrait pouvant être reproduit, et les bibliothécaires de référence décideront d'accepter ou non une demande dont la portée excède ce qui est habituellement jugé raisonnable. Ces faits m'amènent donc à conclure que l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau bénéficie de l'exception relative à l'utilisation équitable et que le Barreau ne viole pas le droit d'auteur.

(4) *Consentement de Canada Law Book*

74

Suivant le par. 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, une personne viole le droit d'auteur lorsqu'elle accomplit, sans le consentement du titulaire de ce droit, un acte que seul ce dernier a la faculté d'accomplir. Devant notre Cour, le Barreau fait valoir que c'est à la demande du vice-président de Canada Law Book, par l'intermédiaire de l'avocat Jean Cummings, qu'il a photocopié six des œuvres dont des copies violent censément le droit d'auteur ont été produites. Il prétend donc avoir obtenu le consentement de Canada Law Book et ne pas avoir violé le droit d'auteur.

75

Les tribunaux inférieurs n'ont pas vraiment étudié cette question. Compte tenu de mes conclusions sur l'utilisation équitable, il n'est pas nécessaire de la trancher pour statuer sur le présent pourvoi et je refuse de le faire.

(5) *Conclusion relative au pourvoi principal*

76

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre un jugement déclaratoire portant que le Barreau ne

when a single copy of a reported decision, case summary, statute, regulation or limited selection of text from a treatise is made by the Great Library in accordance with its Access Policy. I would also issue a declaration that the Law Society does not authorize copyright infringement by maintaining a photocopier in the Great Library and posting a notice warning that it will not be responsible for any copies made in infringement of copyright.

viole pas le droit d'auteur lorsque la Grande bibliothèque fournit, sur demande, une seule copie d'une décision publiée, d'un résumé jurisprudentiel, d'une loi, d'un règlement ou d'une partie restreinte d'un texte provenant d'un traité conformément à sa Politique d'accès. Je rendrais également un jugement déclaratoire portant que le Barreau n'autorise pas la violation du droit d'auteur en mettant une photocopieuse à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque et en affichant un avis où il décline toute responsabilité relativement aux copies produites en violation du droit d'auteur.

III. Analysis on Cross-Appeal

(1) *Are the Law Society's Fax Transmissions Communications to the Public?*

77

At trial, the publishers argued that the Law Society's fax transmissions of copies of their works to lawyers in Ontario were communications "to the public by telecommunication" and hence infringed s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*. The trial judge found that the fax transmissions were not telecommunications to the public because they "emanated from a single point and were each intended to be received at a single point" (para. 167). The Court of Appeal agreed, although it allowed that a series of sequential transmissions might constitute an infringement of an owner's right to communicate to the public.

78

I agree with these conclusions. The fax transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public. This said, a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright. However, there was no evidence of this type of transmission having occurred in this case.

79

On the evidence in this case, the fax transmissions were not communications to the public. I would dismiss this ground of cross-appeal.

III. Analyse du pourvoi incident

(1) *En transmettant des copies par télécopieur, le Barreau communique-t-il une œuvre au public?*

En première instance, les éditeurs ont soutenu qu'en transmettant des copies de leurs œuvres à des avocats de l'Ontario, le Barreau les communiquait « au public, par télécommunication » et violait donc l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le juge de première instance a conclu que les transmissions par télécopieur en cause n'équivalaient pas à une communication au public par télécommunication parce qu'elles « provenaient d'un seul point et étaient destinées à n'atteindre qu'un seul point » (par. 167). La Cour d'appel partageait cette opinion, même si elle a reconnu qu'une série de transmissions séquentielles pouvait violer le droit du titulaire de communiquer une œuvre au public.

Je souscris à ces conclusions. Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur. Toutefois, aucune preuve n'a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l'espèce.

Compte tenu de la preuve, les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel incident.

(2) *Did the Law Society Infringe Copyright in the Publishers' Works by Selling Copies to Section 27(2) of the Copyright Act?*

Under s. 27(2)(a) of the *Copyright Act*, it is an infringement of copyright to sell a copy of a work that the person knows or should have known infringes copyright, a practice known as secondary infringement. The majority at the Court of Appeal rejected the allegation of secondary infringement on the ground that it was not established that the Law Society knew or should have known it was dealing with infringing copies of the publishers' works. The publishers appeal this finding on cross-appeal.

At the Court of Appeal, Rothstein J.A., in his concurring judgment, properly outlined the three elements that must be proven to ground a claim for secondary infringement: (1) the copy must be the product of primary infringement; (2) the secondary infringer must have known or should have known that he or she is dealing with a product of infringement; and (3) the secondary dealing must be established; that is, there must have been a sale.

In the main appeal, I have concluded that the Law Society did not infringe copyright in reproducing the publishers' works in response to requests under its custom photocopy service. Absent primary infringement, there can be no secondary infringement. I would dismiss this ground of cross-appeal.

(3) *Does the Law Society's Great Library Qualify for an Exemption as a "Library, Archive or Museum" Under Sections 2 and 30.2(1) of the Copyright Act?*

In 1999, amendments to the *Copyright Act* came into force allowing libraries, archives and museums to qualify for exemptions against copyright infringement: S.C. 1997, c. 24. Under s. 30.2(1), a library or persons acting under its authority may do anything on behalf of any person that the person may do personally under the fair dealing exceptions to copyright infringement. Section 2 of the *Copyright*

(2) *Le Barreau a-t-il violé le droit d'auteur sur les œuvres des éditeurs en vendant des copies contrairement au par. 27(2) de la Loi sur le droit d'auteur?*

Suivant l'al. 27(2)a) de la *Loi sur le droit d'auteur*, constitue une violation du droit d'auteur (appelée violation à une étape ultérieure) la vente d'une copie d'une œuvre par une personne qui sait ou qui aurait dû savoir qu'elle viole le droit d'auteur. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'allégation de violation à une étape ultérieure au motif qu'il n'avait pas été établi que le Barreau savait ou aurait dû savoir qu'il fournissait des copies illicites des œuvres des éditeurs. Ces derniers contestent cette conclusion dans le cadre du pourvoi incident.

Dans ses motifs concourants, le juge Rothstein, de la Cour d'appel, a correctement énoncé les trois éléments requis pour prouver la violation à une étape ultérieure : (1) l'œuvre est le produit d'une violation initiale du droit d'auteur; (2) l'auteur de la violation à une étape ultérieure savait ou aurait dû savoir qu'il utilisait le produit d'une violation initiale du droit d'auteur; (3) l'utilisation à une étape ultérieure est établie, c'est-à-dire qu'une vente a eu lieu.

Dans le cadre du pourvoi principal, j'ai conclu que le Barreau n'avait pas violé le droit d'auteur en photocopiant sur demande les œuvres des éditeurs dans le cadre du service de photocopie. Vu l'absence de violation initiale, il ne peut y avoir de violation à une étape ultérieure. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel incident.

(3) *La Grande bibliothèque du Barreau bénéficie-t-elle de l'exception prévue pour les « bibliothèques, musée ou service d'archives » à l'art. 2 et au par. 30.2(1) de la Loi sur le droit d'auteur?*

En 1999, des modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* sont entrées en vigueur, et les bibliothèques, services d'archives et musées ont dès lors bénéficié d'une exception à la violation du droit d'auteur : L.C. 1997, ch. 24. Suivant le par. 30.2(1), une bibliothèque ou une personne agissant sous son autorité peut accomplir un acte pour une personne qui peut elle-même l'accomplir sur le fondement

80

81

82

83

Act defines “library, archive or museum”. In order to qualify as a library, the Great Library: (1) must not be established or conducted for profit; (2) must not be administered or controlled by a body that is established or conducted for profit; and (3) must hold and maintain a collection of documents and other materials that is open to the public or to researchers. The Court of Appeal found that the Great Library qualified for the library exemption. The publishers appeal this finding on the ground that the Law Society, which controls the library, is indirectly controlled by the body of lawyers authorized to practise law in Ontario who conduct the business of law for profit.

de l’exception au titre de l’utilisation équitable. L’article 2 de la *Loi sur le droit d’auteur* définit « bibliothèque, musée ou service d’archives ». Pour être considérée comme une bibliothèque, la Grande bibliothèque : (1) ne doit pas être constituée ni administrée pour réaliser des profits, (2) ne doit pas être administrée ni contrôlée directement ou indirectement par un organisme constitué ou administré pour réaliser des profits, et (3) doit rassembler et gérer des collections de documents ou d’objets qui sont accessibles au public ou aux chercheurs. La Cour d’appel a conclu que la Grande bibliothèque bénéficiait de l’exception en cause. Les éditeurs contestent cette conclusion au motif que le Barreau, qui contrôle la bibliothèque, est contrôlé indirectement par l’ensemble des avocats autorisés à exercer le droit en Ontario, qui l’exercent pour réaliser des profits.

84

I concluded in the main appeal that the Law Society’s dealings with the publishers’ works were fair. Thus, the Law Society need not rely on the library exemption. However, were it necessary, it would be entitled to do so. The Great Library is not established or conducted for profit. It is administered and controlled by the Benchers of the Law Society. Although some of the Benchers, when acting in other capacities, practise law for profit, when they are acting as administrators of the Great Library, the Benchers are not acting as a body established or conducted for profit. The Court of Appeal was correct in its conclusion on this point. I would dismiss this ground of cross-appeal.

(4) *Are the Publishers Entitled to a Permanent Injunction Under Section 34(1) of the Copyright Act?*

85

Under s. 34(1) of the *Copyright Act*, the copyright owner is entitled to all remedies, including an injunction, for the infringement of copyright in his or her work. An injunction is, in principle, an equitable remedy and, thus, it is within the Court’s discretion to decide whether or not to grant an injunction. See P. E. Kierans and R. Borenstein, “Injunctions — Interlocutory and Permanent”, in R. E. Dimock, ed., *Intellectual Property Disputes*:

Dans le cadre du pourvoi principal, j’ai conclu au caractère équitable de l’utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau. Celui-ci n’a donc pas à invoquer l’exception prévue pour les bibliothèques, mais il pourrait l’invoquer au besoin. La Grande bibliothèque n’est ni constituée ni administrée pour réaliser des profits. Elle est administrée et contrôlée par les conseillers du Barreau. Bien que certains des conseillers exercent par ailleurs le droit dans un but lucratif, ils ne peuvent, lorsqu’ils agissent à titre d’administrateurs de la Grande bibliothèque, être assimilés à un organisme constitué ou administré pour réaliser des profits. La Cour d’appel a tiré une conclusion juste à cet égard. Je suis d’avis de rejeter ce moyen d’appel incident.

(4) *Les éditeurs ont-ils droit à une injonction permanente en vertu du par. 34(1) de la Loi sur le droit d'auteur?*

Le paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose que le titulaire est admis à exercer tous les recours, en cas de violation du droit d'auteur, notamment pour obtenir une injonction. Une injonction est une réparation fondée en principe sur l’equity, de sorte que le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de l’accorder ou de la refuser. Voir P. E. Kierans et R. Borenstein, « Injunctions — Interlocutory and Permanent », dans R. E. Dimock,

Resolutions & Remedies (2002), vol. 2, 15-1, at p. 15-4.

Given my finding on the main appeal that the Law Society did not infringe copyright in the publishers' works, it is unnecessary to consider whether the Court of Appeal erred in choosing not to issue an injunction in this case. I would dismiss this ground of appeal.

(5) Conclusion on Cross-Appeal

In the result, I would dismiss the cross-appeal.

IV. Conclusion

On the main appeal, I conclude that the Law Society did not infringe copyright through its custom photocopy service when it provided single copies of the publishers' works to its members. The publishers' headnotes, case summary, topical index and compilation of reported judicial decisions are all "original" works covered by copyright. They originated from their authors, are not mere copies and are the product of the exercise of skill and judgment that is not trivial. That said, the Great Library's dealings with the works were for the purpose of research and were fair dealings within the meaning of s. 29 of the *Copyright Act* and thus did not constitute copyright infringement. I also conclude that the Law Society did not authorize copyright infringement by maintaining self-service photocopiers in the Great Library for use by its patrons. I would therefore allow the appeal.

My conclusions on the cross-appeal follow from those on the main appeal. No secondary infringement of copyright by the Law Society is established. The Law Society's fax transmissions did not constitute communications to the public and it did not sell copies of the publishers' works. Were it necessary, I would conclude that the Great Library qualifies for a library exemption under the *Copyright Act*. Finally, in light of my finding that there has been no copyright infringement in this case, an injunction should

dir., *Intellectual Property Disputes : Resolutions & Remedies* (2002), vol. 2, 15-1, p. 15-4.

86
Ayant conclu dans le pourvoi principal que le Barreau n'a pas violé le droit d'auteur sur les œuvres des éditeurs, point n'est besoin de décider si la Cour d'appel a eu tort de ne pas décerner une injonction en l'espèce. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel incident.

(5) Conclusion relative au pourvoi incident

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

IV. Conclusion

88
Pour ce qui est du pourvoi principal, je conclus que le Barreau n'a pas violé le droit d'auteur en fournissant à ses membres une seule copie des œuvres des éditeurs dans le cadre de son service de photocopie. Les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées constituent tous des œuvres « originales » des éditeurs et sont protégés par le droit d'auteur. Ils émanent de leurs auteurs, ne sont pas de simples copies et résultent d'un exercice non négligeable du talent et du jugement. Cela dit, la Grande bibliothèque a utilisé les œuvres aux fins de recherche et cette utilisation était équitable au sens de l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*; cette utilisation ne violait donc pas le droit d'auteur. J'estime également que le Barreau n'a pas autorisé la violation du droit d'auteur en mettant des photocopies libreservice à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

89
Mes conclusions relatives au pourvoi incident découlent de celles tirées dans le pourvoi principal. Il n'a pas été prouvé que le Barreau a violé le droit d'auteur à une étape ultérieure. L'envoi de copies par télécopieur ne constituait pas une communication au public, et le Barreau n'a pas vendu de reproductions des œuvres des éditeurs. Si cette conclusion était nécessaire, je statuerais que la Grande bibliothèque bénéficie de l'exception que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* pour les bibliothèques.

not be issued in this case. I would dismiss the cross-appeal.

- 90 In the result, the appeal is allowed and the cross-appeal dismissed. I would issue a declaration that the Law Society does not infringe copyright when a single copy of a reported decision, case summary, statute, regulation or limited selection of text from a treatise is made by the Great Library in accordance with its "Access to the Law Policy". I would also issue a declaration that the Law Society does not authorize copyright infringement by maintaining a photocopier in the Great Library and posting a notice warning that it will not be responsible for any copies made in infringement of copyright. Given the appellant's success on the appeal and cross-appeal, it is entitled to costs throughout.

Enfin, vu ma conclusion qu'il n'y a pas eu de violation du droit d'auteur en l'espèce, une injonction ne saurait être décernée. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

En conséquence, le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident rejeté. Je rendrais un jugement déclaratoire portant que le Barreau ne viole pas le droit d'auteur lorsque la Grande bibliothèque effectue une seule copie d'une décision publiée, d'un résumé jurisprudentiel, d'une loi, d'un règlement ou d'un extrait limité d'un texte provenant d'un traité conformément à sa « Politique d'accès à l'information juridique ». Je rendrais également un jugement déclaratoire confirmant que le Barreau n'autorise pas la violation du droit d'auteur en mettant une photocopieuse à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque et en affichant un avis de non-responsabilité relativement aux copies produites en violation du droit d'auteur. L'appelant ayant gain de cause dans le cadre du pourvoi principal et du pourvoi incident, les dépens lui sont adjugés devant toutes les cours.

APPENDIX

Legislative Provisions

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42

2. . . .

"every original literary, dramatic, musical and artistic work" includes every original production in the literary, scientific or artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as compilations, books, pamphlets and other writings, lectures, dramatic or dramatico-musical works, musical works, translations, illustrations, sketches and plastic works relative to geography, topography, architecture or science;

. . . .

"library, archive or museum" means

(a) an institution, whether or not incorporated, that is not established or conducted for profit or that does not form a part of, or is not administered or directly or indirectly controlled by, a body that is established or conducted for profit, in which is held and maintained a collection of documents and other materials that is open to the public or to researchers, or

ANNEXE

Dispositions législatives

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42

2. . . .

« bibliothèque, musée ou service d'archives » S'entend :

a) d'un établissement doté ou non de la personnalité morale qui :

(i) d'une part, n'est pas constitué ou administré pour réaliser des profits, ni ne fait partie d'un organisme constitué ou administré pour réaliser des profits, ni n'est administré ou contrôlé directement ou indirectement par un tel organisme,

(ii) d'autre part, rassemble et gère des collections de documents ou d'objets qui sont accessibles au public ou aux chercheurs;

b) de tout autre établissement à but non lucratif visé par règlement.

. . . .

« toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » S'entend de toute production

(b) any other non-profit institution prescribed by regulation;

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

(a) to produce, reproduce, perform or publish any translation of the work,

(b) in the case of a dramatic work, to convert it into a novel or other non-dramatic work,

(c) in the case of a novel or other non-dramatic work, or of an artistic work, to convert it into a dramatic work, by way of performance in public or otherwise,

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

(e) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to reproduce, adapt and publicly present the work as a cinematographic work,

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

(g) to present at a public exhibition, for a purpose other than sale or hire, an artistic work created after June 7, 1988, other than a map, chart or plan,

(h) in the case of a computer program that can be reproduced in the ordinary course of its use, other than by a reproduction during its execution in conjunction with a machine, device or computer, to rent out the computer program, and

(i) in the case of a musical work, to rent out a sound recording in which the work is embodied,

originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression, tels les compilations, livres, brochures et autres écrits, les conférences, les œuvres dramatiques ou dramatique-musicales, les œuvres musicales, les traductions, les illustrations, les croquis et les ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;

b) s'il s'agit d'une œuvre dramatique, de la transformer en un roman ou en une autre œuvre non dramatique;

c) s'il s'agit d'un roman ou d'une autre œuvre non dramatique, ou d'une œuvre artistique, de transformer cette œuvre en une œuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement;

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

e) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'œuvre en tant qu'œuvre cinématographique;

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

g) de présenter au public lors d'une exposition, à des fins autres que la vente ou la location, une œuvre artistique — autre qu'une carte géographique ou marine, un plan ou un graphique — créée après le 7 juin 1988;

h) de louer un programme d'ordinateur qui peut être reproduit dans le cadre normal de son utilisation, sauf la reproduction effectuée pendant son exécution avec un ordinateur ou autre machine ou appareil;

i) s'il s'agit d'une œuvre musicale, d'en louer tout enregistrement sonore.

and to authorize any such acts.

5. (1) Subject to this Act, copyright shall subsist in Canada, for the term hereinafter mentioned, in every original literary, dramatic, musical and artistic work if any one of the following conditions is met: . . .

27. (1) It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do.

(2) It is an infringement of copyright for any person to

(a) sell or rent out,

(b) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

(c) by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public,

(d) possess for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c), or

(e) import into Canada for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c),

a copy of a work, sound recording or fixation of a performer's performance or of a communication signal that the person knows or should have known infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it.

29. Fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright.

29.1 Fair dealing for the purpose of criticism or review does not infringe copyright if the following are mentioned:

(a) the source; and

(b) if given in the source, the name of the

(i) author, in the case of a work,

(ii) performer, in the case of a performer's performance,

(iii) maker, in the case of a sound recording, or

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes.

5. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le droit d'auteur existe au Canada, pendant la durée mentionnée ci-après, sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale si l'une des conditions suivantes est réalisée : . . .

27. (1) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir.

(2) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :

a) la vente ou la location;

b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;

c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;

d) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c);

e) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c).

29. L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

29.1 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

a) d'une part, la source;

b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :

(i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,

(ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète,

(iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,

(iv) broadcaster, in the case of a communication signal.

29.2 Fair dealing for the purpose of news reporting does not infringe copyright if the following are mentioned:

(a) the source; and

(b) if given in the source, the name of the

(i) author, in the case of a work,

(ii) performer, in the case of a performer's performance,

(iii) maker, in the case of a sound recording, or

(iv) broadcaster, in the case of a communication signal.

30.2 (1) It is not an infringement of copyright for a library, archive or museum or a person acting under its authority to do anything on behalf of any person that the person may do personally under section 29 or 29.1.

34. (1) Where copyright has been infringed, the owner of the copyright is, subject to this Act, entitled to all remedies by way of injunction, damages, accounts, delivery up and otherwise that are or may be conferred by law for the infringement of a right.

Appeal allowed with costs and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Sim Hughes Ashton & McKay, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Federation of Law Societies of Canada: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the intervenors the Canadian Publishers' Council and the Association of Canadian Publishers: McCarthy Tétrault, Toronto.

(iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

29.2 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

a) d'une part, la source;

b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :

(i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,

(ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète,

(iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,

(iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

30.2 (1) Ne constituent pas des violations du droit d'auteur les actes accomplis par une bibliothèque, un musée ou un service d'archives ou une personne agissant sous l'autorité de ceux-ci pour une personne qui peut elle-même les accomplir dans le cadre des articles 29 et 29.1.

34. (1) En cas de violation d'un droit d'auteur, le titulaire du droit est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours — en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise — que la loi accorde ou peut accorder pour la violation d'un droit.

Pourvoi principal accueilli avec dépens et pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident : Sim Hughes Ashton & McKay, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs des intervenants Canadian Publishers' Council et l'Association des éditeurs canadiens : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the interveners Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) and the Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright): Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs des intervenantes la Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) et Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) : Ogilvy Renault, Montréal.

Brian Joseph Smith *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SMITH

Neutral citation: 2004 SCC 14.

File No.: 29166.

2003: October 7; 2004: March 4.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADeR**

Criminal law — Courts — Jurisdiction — Appeals — Death of appellant — Appellant convicted of second degree murder — Appellant filing notice of appeal but dying before appeal could be heard — Crown moving to abate appeal seven years after appellant's death — Jurisdiction to hear criminal appeal where appellant dies — Whether Court of Appeal should exercise discretion to hear appeal.

The appellant was convicted of second degree murder in 1985 and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 10 years. His notice of appeal was filed promptly but despite his efforts, it remained pending until his death in 1994. In April 2001, the Crown moved to abate the appeal. The Court of Appeal held that it had jurisdiction to entertain the appeal notwithstanding the appellant's death, but exercised its discretion against doing so.

Held: The appeal should be dismissed.

When an appellant dies, the court retains jurisdiction to proceed "in the interests of justice", but it is a jurisdiction that should be sparingly exercised. The continuing jurisdiction of the Court of Appeal in this case rested on the notice of appeal that was properly filed during the appellant's lifetime. An appellant exercises his or her "personal right" to appeal when the notice of appeal is

Brian Joseph Smith *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. SMITH

Référence neutre : 2004 CSC 14.

Nº du greffe : 29166.

2003 : 7 octobre; 2004 : 4 mars.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR**

Droit criminel — Tribunaux — Compétence — Appels — Décès de l'appelant — Appelant reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Dépôt de l'avis d'appel par l'appelant, mais celui-ci décède avant l'audition de l'appel — Demande par le ministère public de l'arrêt de l'appel sept ans après le décès de l'appelant — Compétence pour entendre l'appel en matière criminelle après le décès de l'appelant — La Cour d'appel doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel?

L'appelant a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré en 1985 et a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. Il a déposé sans délai un avis d'appel, mais malgré ses efforts, l'appel est demeuré en instance jusqu'à son décès en 1994. En avril 2001, le ministère public demande l'arrêt de l'appel. La Cour d'appel conclut que, malgré le décès de l'intéressé, elle a compétence pour entendre l'appel, mais elle exerce son pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lorsque l'appelant décède, la cour conserve le pouvoir de poursuivre l'instance « dans l'intérêt de la justice », mais elle doit exercer ce pouvoir à titre exceptionnel. En l'espèce, le fait que la Cour d'appel demeure compétente découle de l'avis d'appel qui a été dûment déposé du vivant de l'appelant. Lorsqu'il dépose l'avis d'appel, l'appelant exerce son « droit personnel »

filed. The filing is the root of the appellate court's jurisdiction.

When an interested party seeks to continue an appeal notwithstanding the death of the appellant (or, in the case of a Crown appeal, the respondent), a motion should be made for substitution of the personal representative or another interested party for the deceased. The dead can neither give instructions nor are amenable to the direction of the court. In this case, however, there is no application to quash the appeal for failure to substitute a live appellant. Furthermore, as the appeal is to be dismissed in any event, it is unnecessary to burden the litigants with this additional procedure.

Once the appeal is properly constituted with a live appellant, the court must then consider whether to exercise its jurisdiction to hear the appeal despite it being rendered moot by the death of the accused, or to abate the appeal. The general test is whether there exist special circumstances that make it "in the interests of justice" to proceed. That question may be approached by reference to the following non-exhaustive factors: the presence of a proper adversarial context; the strength of the grounds of the appeal; the existence of special circumstances that transcend the death of the individual appellant/respondent, such as a legal issue of general public importance, a systematic issue related to the administration of justice, or collateral consequences to the family of the deceased, to other interested persons, or to the public; the expenditure of limited judicial (or court) resources; and whether continuing the appeal would go beyond the judicial function of resolving concrete disputes and involve the court in free-standing legislative-type pronouncements more properly left to the legislature itself. Those cases in which it will be proper to exercise jurisdiction will be rare and exceptional.

In this case, it is evident that the appeal would proceed in an adversarial context. Moreover, the grounds for appeal are serious in the sense that a court could have determined in the appellant's lifetime that a new trial would be the correct result. With respect to special circumstances, the written correspondence between the appellant and his various lawyers demonstrates that he did everything in his power to move the appeal ahead. The appellant undoubtedly deserved his day in the Court of Appeal, and the denial of that opportunity, plus the possibility that he could have cleared his name, properly grieves the family. However, it would not be within the mandate of an appellate court hearing the merits of this appeal to get to the bottom of the causes of the

d'interjeter appel. La cour d'appel tire sa compétence du dépôt de l'avis d'appel.

Lorsqu'une partie intéressée demande la poursuite de l'instance malgré le décès de l'appelant (ou, dans le cas d'un pourvoi formé par le ministère public, de l'intimé), une requête doit être présentée en vue du remplacement de l'accusé décédé par le représentant personnel ou une autre partie intéressée. Le défunt ne peut donner d'instructions et ne peut non plus être contraint d'observer les directives de la cour. Cependant, en l'espèce, il n'y a aucune demande d'annulation du pourvoi pour omission de désigner un nouvel appelant. De plus, comme le pourvoi sera rejeté de toute manière, il est inutile de demander aux parties d'entreprendre de nouvelles démarches.

Une fois l'appel régularisé par le remplacement de l'appelant décédé, la cour d'appel doit décider s'il convient d'exercer son pouvoir d'entendre l'appel, même s'il est devenu théorique par suite du décès de l'accusé, ou de l'arrêter. Le critère général applicable consiste à se demander si des circonstances spéciales font en sorte qu'il est dans « l'intérêt de la justice » de poursuivre l'instance. Les facteurs suivants, qui ne sont pas exhaustifs, peuvent alors être pris en considération : l'existence d'un débat contradictoire approprié; le sérieux des motifs d'appel; l'existence de circonstances spéciales qui transcendent le décès de l'appelant ou de l'intimé, par exemple une question de droit d'intérêt général, une question de nature systémique ayant trait à l'administration de la justice ou les conséquences accessoires pour la famille du défunt, tout autre intéressé ou le public; l'affectation des ressources limitées du tribunal; la question de savoir si, en poursuivant l'instance en appel, la cour n'excède pas la fonction judiciaire, qui est de trancher des différends concrets, et est amenée à se prononcer sur des questions de type législatif autonomes qu'il vaut mieux laisser au législateur. Ce n'est que rarement et à titre exceptionnel qu'il sera opportun d'exercer le pouvoir de poursuivre l'instance.

En l'espèce, il est évident que l'appel se poursuivrait dans le contexte d'un débat contradictoire. De plus, les motifs d'appel sont sérieux en ce sens qu'un tribunal aurait pu conclure, du vivant de l'appelant, que la tenue d'un nouveau procès s'imposait. Pour ce qui est des circonstances spéciales, il ressort de la correspondance entre l'appelant et ses différents avocats qu'il a fait tout ce qu'il pouvait pour faire progresser l'instance. Nul doute qu'il méritait d'être entendu en Cour d'appel, et cette occasion ratée, de même que l'impossibilité de laver sa réputation, désolent sa famille à juste titre. Cependant, il n'appartient pas à une cour d'appel d'entendre ce pourvoi sur le fond pour déterminer ce qui a bien pu ralentir la procédure d'appel en l'espèce. Au cœur du pourvoi se

procedural delays in getting on with the appeal. At the core of the appeal lie the *Charter* arguments concerning the admissibility of the appellant's out-of-court statements to the police. There is nothing exceptional about the consequences to the appellant's family that would flow from the resolution of these legal points. Furthermore, there are no other issues of broader public importance or other collateral consequences of the verdict to justify the hearing of this appeal. The fact that, even if successful, the outcome of the appeal during the appellant's lifetime would have been a new trial rather than an acquittal, means that the result of an appeal at this stage would be inconclusive with respect to guilt or innocence. Finally, there is no concern that continuation of this appeal would invade the law-making function of the legislature. In summary, the insurmountable problem for members of the appellant's family is not that the continuation of the appeal would run afoul of some positive limitation on the court's jurisdiction or discretion, but that not enough can be said to differentiate this appeal from the general run of cases where an appellant has died to justify the exercise of the court's discretion in their favour. Weighing all of the factors together, some of which mitigate in favour of continuation of the appeal but most of which do not, the Court of Appeal concluded that this is not one of those "exceptional" cases in which discretion should be exercised in favour of a continuation. No reason has been shown for this Court to interfere with the exercise of that discretion.

Cases Cited

Applied: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Lewis* (1997), 153 D.L.R. (4th) 184; *R. v. Jetté* (1999), 141 C.C.C. (3d) 52; *R. v. Lofthouse* (1990), 60 O.A.C. 320; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; **referred to:** *R. v. Hay*, [1994] O.J. No. 2598 (QL); *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 112; *R. v. Kearley* (No. 2), [1994] 3 All E.R. 246; *Dove v. United States*, 423 U.S. 325 (1976); *State v. Christensen*, 866 P.2d 533 (1993); *United States v. Rorie*, 58 M.J. 399 (2003); *Whitehouse v. State*, 364 N.E.2d 1015 (1977); *Durham v. United States*, 401 U.S. 481 (1971); *State v. Makaila*, 897 P.2d 967 (1995); *United States v. Moehlenkamp*, 557 F.2d 126 (1977); *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956); *United States v. Schumann*, 861 F.2d 1234 (1988); *United States v. Oberlin*, 718 F.2d 894 (1983); *United States v. Pauline*, 625 F.2d 684 (1980); *United States v. Dudley*, 739 F.2d 175 (1984); *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 CSC 22; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33, aff'd (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Commonwealth v.*

trouvent les arguments fondés sur la *Charte* concernant l'admissibilité des déclarations faites hors cour par l'appelant à la police. Les conséquences pour la famille de l'appelant qui découleraient du règlement des questions de droit n'ont rien d'exceptionnel. De plus, aucune autre question de plus grande importance pour le public ni aucune autre conséquence accessoire du verdict ne justifient l'audition de l'appel. Le fait que l'issue du pourvoi du vivant de l'appelant, même s'il avait été accueilli, aurait été un nouveau procès et non l'acquittement signifie que le résultat du pourvoi à ce stade-ci n'aurait pas été concluant quant à la culpabilité ou à l'innocence. Enfin, il n'est pas à craindre que la poursuite de l'instance en appel empiète sur la fonction législative. En résumé, les membres de la famille de l'appelant sont aux prises avec une difficulté insurmontable, non pas parce que la poursuite de l'instance en appel irait à l'encontre d'une véritable restriction de la compétence ou du pouvoir discrétionnaire de la cour, mais bien parce que les faits de l'espèce ne se démarquent pas suffisamment des affaires similaires pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour en leur faveur. Soupesant ensemble tous ces facteurs, dont certains militent en faveur de la poursuite de l'instance en appel, mais dont la plupart vont dans le sens contraire, la Cour d'appel a conclu qu'il ne s'agit pas d'un de ces cas « exceptionnels » où il faut exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel. Aucun motif n'a été présenté à la Cour pour qu'elle s'immisce dans l'exercice de ce pouvoir.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Lewis* (1997), 153 D.L.R. (4th) 184; *R. c. Jetté* (1999), 141 C.C.C. (3d) 52; *R. c. Lofthouse* (1990), 60 O.A.C. 320; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hay*, [1994] O.J. No. 2598 (QL); *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 112; *R. c. Kearley* (No. 2), [1994] 3 All E.R. 246; *Dove c. United States*, 423 U.S. 325 (1976); *State c. Christensen*, 866 P.2d 533 (1993); *United States c. Rorie*, 58 M.J. 399 (2003); *Whitehouse c. State*, 364 N.E.2d 1015 (1977); *Durham c. United States*, 401 U.S. 481 (1971); *State c. Makaila*, 897 P.2d 967 (1995); *United States c. Moehlenkamp*, 557 F.2d 126 (1977); *Griffin c. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956); *United States c. Schumann*, 861 F.2d 1234 (1988); *United States c. Oberlin*, 718 F.2d 894 (1983); *United States c. Pauline*, 625 F.2d 684 (1980); *United States c. Dudley*, 739 F.2d 175 (1984); *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22; *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33, conf. par (1984), 48 O.R. (2d)

Walker, 288 A.2d 741 (1972); *State v. Jones*, 551 P.2d 801 (1976); *State v. McGettrick*, 509 N.E.2d 378 (1987); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. Gautreau* (1989), 52 C.C.C. (3d) 410; *Southam Inc. v. Canada* (1990), 55 C.C.C. (3d) 428; *Romania (State) v. Cheng* (1997), 119 C.C.C. (3d) 561; *R. v. Anderson* (1982), 1 C.C.C. (3d) 267; *R. v. Yarema* (1991), 3 O.R. (3d) 459; *Morin v. National SHU Review Committee*, [1985] 1 F.C. 3; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 CSC 38; *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 CSC 11; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(2).

Criminal Appeal Act 1995 (U.K.), 1995, c. 35.

Criminal Appeal Rules of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, SI/87-28.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 674, 675(1), 686, 696.1(1) [ad. 2002, c. 13, s. 71], 696.3(3) [*idem*].

Rules of the Supreme Court, 1986, S.N. 1986, c. 42, Sch. D, r. 7.07(1).

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 72 to 78.

Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Court of Appeal Criminal Appeal Rules (2002), SI/2002-96, rr. 3, 27.

Authors Cited

Cole, David P., and Allan Manson. "Pardons and the Royal Prerogative of Mercy". In *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1990.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 181, 626 A.P.R. 181, 161 C.C.C. (3d) 353, [2002] N.J. No. 34 (QL), 2002 NFCA 8, granting an application for an order striking the accused's notice of appeal. Appeal dismissed.

Jerome P. Kennedy, for the appellant.

Pamela J. Goulding, for the respondent.

Gillian Roberts and Kimberley Crosbie, for the intervener.

266; *Commonwealth c. Walker*, 288 A.2d 741 (1972); *State c. Jones*, 551 P.2d 801 (1976); *State c. McGettrick*, 509 N.E.2d 378 (1987); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *Voyer c. R.* (1989), 35 Q.A.C. 292; *Southam Inc. c. Canada* (1990), 55 C.C.C. (3d) 428; *Romania (State) c. Cheng* (1997), 119 C.C.C. (3d) 561; *R. c. Anderson* (1982), 1 C.C.C. (3d) 267; *R. c. Yarema* (1991), 3 O.R. (3d) 459; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'USD*, [1985] 1 C.F. 3; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 24(2).

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 674, 675(1), 686, 696.1(1) [aj. 2002, ch. 13, art. 71], 696.3(3) [*idem*].

Criminal Appeal Act 1995 (R.-U.), 1995, ch. 35.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 72 à 78.

Règles de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Cour d'appel en matière criminelle (2002), TR/2002-96, règles 3, 27.

Règles des appels en matière criminelle de la Cour suprême de Terre-Neuve, Division de première instance, TR/87-28.

Rules of the Supreme Court, 1986, S.N. 1986, ch. 42, ann. D, règle 7.07(1).

Doctrine citée

Cole, David P., and Allan Manson. "Pardons and the Royal Prerogative of Mercy". In *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*. Toronto : Carswell, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 181, 626 A.P.R. 181, 161 C.C.C. (3d) 353, [2002] N.J. No. 34 (QL), 2002 NFCA 8, qui a accordé une requête en radiation de l'avis d'appel de l'accusé. Pourvoi rejeté.

Jerome P. Kennedy, pour l'appelant.

Pamela J. Goulding, pour l'intimée.

Gillian Roberts et Kimberley Crosbie, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — Can a dead man's conviction be appealed? On February 22, 1985, the late Brian Joseph Smith was convicted by a jury of second degree murder. Smith, who testified at his trial, always maintained his innocence. He was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 10 years. His notice of appeal was filed promptly and the trial transcript was completed and filed by October 29, 1985. Thereafter, he fell out with his first lawyer. He was without a lawyer between 1988 and October 1990 when he retained a second lawyer who failed to get on with the appeal. In April 1993, Smith retained his present lawyer and was granted bail in November 1993, over eight years after his initial conviction. At that time, he was terminally ill with lung cancer, and died on February 4, 1994. Thereafter the appeal sat until April 16, 2001, over seven years after Smith's death, and sixteen years after his initial conviction, at which time the Crown moved to abate the appeal.

The questions before the Newfoundland and Labrador Court of Appeal were whether it had jurisdiction to entertain the appeal notwithstanding Smith's death seven years earlier, and if so, in what circumstances should the court accept or decline to exercise this jurisdiction.

That court, after appointing counsel to represent Smith's family on these issues, concluded that notwithstanding Smith's death it had jurisdiction to hear the appeal, but exercised its discretion against doing so. In my view, it reached the correct conclusion with respect both to jurisdiction and the exercise of the discretion and properly abated the appeal.

The appeal was properly constituted by a notice of appeal filed before Smith's death. While the appeal was rendered moot by that death, the court had a

Version française du jugement de la Cour rendu par

¹ LE JUGE BINNIE — Peut-il y avoir appel de la déclaration de culpabilité d'un défunt? Le 22 février 1985, un jury a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré Brian Joseph Smith, aujourd'hui décédé. M. Smith, qui a témoigné à son procès, a toujours maintenu son innocence. Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. Il a déposé sans délai un avis d'appel; le 29 octobre 1985, la transcription du procès était terminée et avait été déposée. Par la suite, il s'est brouillé avec son premier avocat. Sans avocat depuis 1988, il a retenu les services d'un deuxième avocat en octobre 1990. Celui-ci ne s'est pas occupé du dossier d'appel. En avril 1993, M. Smith a eu recours aux services de son avocat actuel et en novembre de la même année, soit plus de huit ans après sa déclaration de culpabilité, il a obtenu sa mise en liberté sous caution. Atteint d'un cancer du poumon, il était alors en phase terminale. Il est décédé le 4 février 1994. Le dossier est demeuré inactif jusqu'au 16 avril 2001, c'est-à-dire plus de sept ans après le décès de M. Smith et seize ans après sa déclaration de culpabilité, soit jusqu'à ce que le ministère public demande l'arrêt de l'appel.

² La Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador était appelée à décider si elle avait compétence pour entendre l'appel malgré le décès de M. Smith sept ans auparavant et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances elle devait accepter ou refuser d'exercer cette compétence.

³ Après avoir commis un avocat pour représenter la famille de M. Smith relativement à ces questions, la Cour d'appel a conclu que, malgré le décès de l'intéressé, elle avait compétence pour entendre l'appel, mais elle a exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire. À mon avis, sa décision était la bonne tant en ce qui concerne la compétence que l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et c'est à juste titre qu'elle a arrêté l'appel.

⁴ L'appel a été dûment formé par le dépôt d'un avis d'appel avant le décès de M. Smith. Même s'il est devenu théorique par suite du décès, la Cour d'appel

discretion to proceed with a moot appeal, provided the discretion was exercised in accordance with judicial principles: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 358. However, the discretion to hear the appeal of an individual who dies pending the hearing of his or her appeal should be exercised only in exceptional circumstances where the death of the appellant is survived by a continuing controversy which, notwithstanding the death of the individual most directly affected by the appeal, requires resolution in the interests of justice. There are no such exceptional circumstances in this case. The appeal should therefore be dismissed.

I. The Facts

- 5 The victim, a young Newfoundland named Jerome Fleming, was killed by a shotgun blast to the chest at short range. His body was found in the woods near Bay Bulls. Smith was seen with the victim a few hours before the likely time of death. They had been drinking together. The victim was not again seen alive. There was circumstantial evidence that linked Smith to the shotgun that was used in the killing. There was some suggestion in the evidence that a drug deal had gone bad. The prosecution's case depended largely on inculpatory statements made to the investigating RCMP officer over a five-day period, and a "confession" to a jail house informant.
- 6 There is no doubt that Smith's alleged statements to the RCMP officer, if accepted at face value, were inculpatory. At one point, he is alleged to have said to the police interrogator, "[T]here is no explanation for dumping your best buddy in the woods" (appellant's record, at p. 113). Later, Smith was asked by the police officer if the shotgun used in the killing was still available, to which he replied, "[N]o, the gun is not available." He then added that what he *meant* to say was that *if* he had done it, then the gun *would* not be available.
- 7 When a police officer suggested that perhaps Fleming's death was accidental, Smith said that he would see if his lawyer could work out a "deal". If
- avait le pouvoir discrétionnaire de l'entendre, à condition d'exercer ce pouvoir conformément aux principes judiciaires : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 358. Cependant, le pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel interjeté par une personne qui décède en cours d'instance ne doit être exercé que dans le cas exceptionnel où une question demeure en litige et doit être tranchée dans l'intérêt de la justice malgré le décès de la personne la plus directement touchée par l'appel. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le pourvoi doit donc être rejeté.
- I. Les faits
- La victime, un jeune Terre-Neuvien du nom de Jerome Fleming, a été atteinte mortellement à la poitrine d'une décharge de fusil de chasse tirée à faible distance. Son corps a été retrouvé dans le bois, près de Bay Bulls. M. Smith avait été aperçu en sa compagnie quelques heures avant le moment probable du décès. Ils avaient pris un verre ensemble. La victime n'a pas été revue vivante. Une preuve circonstancielle reliait M. Smith au fusil de chasse avec lequel la victime avait été abattue. Certains éléments de la preuve semblaient indiquer qu'une transaction de drogue avait mal tourné. La preuve de la poursuite s'appuyait en grande partie sur les déclarations inculpatoires faites à un enquêteur de la GRC sur une période de cinq jours et sur l'« aveu » fait à un indicateur incarcéré.
- Nul doute que les déclarations qui auraient été faites à l'agent de la GRC, si l'on y ajoute foi, sont inculpatoires. À un moment, M. Smith aurait dit au policier qui l'interrogeait [TRADUCTION] « Rien n'explique que l'on se débarrasse de son meilleur ami dans le bois » (dossier de l'appelant, p. 113). Plus tard, le policier lui a demandé si l'on pouvait encore mettre la main sur l'arme du crime, ce à quoi il a répondu : [TRADUCTION] « Non, on ne peut pas mettre la main dessus. » Puis il a ajouté qu'il *voulait dire* que *s'il* était l'auteur du crime, on ne *pourrait* pas mettre la main dessus.
- Lorsqu'un policier a laissé entendre que le décès de M. Fleming était peut-être accidentel, M. Smith a dit qu'il verrait si son avocat pourrait arriver à une

so, he would talk to the police and, if not, he would take his chances on a murder charge.

As mentioned, Smith was convicted and properly filed a notice of appeal. However, and despite his efforts, the appeal remained pending until his death. The Crown moved to have it abated some seven years later. Counsel retained by Smith shortly before his death was then appointed by the court to represent the interests of the "Smith family". There was no formal substitution of a live appellant for the deceased. (This is an irregularity to be addressed below.) Counsel's argument is that the members of Smith's family still bear the emotional, social and psychological scars of the murder conviction. They have made every effort to carry on the struggle to clear the family name since his death. The justice of their struggle and the failure of the legal system to respond adequately to Smith's original appeal during Smith's lifetime, he says, merit the *post-mortem* intervention of the court.

II. Analysis

Death puts an accused beyond any relief which it is within the power of an appellate court to grant. Therefore, such a death triggers three related areas of concern: first, jurisdiction of the appellate court and the survival of an appeal that may be considered personal to the deceased; second, procedure and the need for a live party to engage in the process before the appellate court; and third, justiciability and the exercise of discretion of the appellate court to hear an appeal that has become moot as between the original parties. The continuation and disposition of the appeal will depend on how each of these inquiries is resolved.

Accordingly, when an interested party seeks to continue an appeal notwithstanding the death of the appellant (or, in the case of a Crown appeal, the respondent), the following steps should be taken:

1. A motion, pursuant to the relevant rules of procedure, should be made for substitution of the

« entente ». Le cas échéant, il parlerait à la police, sinon il ferait face à l'accusation de meurtre.

Reconnu coupable, M. Smith a dûment déposé un avis d'appel. Cependant, malgré ses efforts, l'appel est demeuré en instance jusqu'à son décès. Le ministère public en a demandé l'arrêt quelque sept ans après son décès. L'avocat dont M. Smith avait retenu les services peu avant son décès a été commis par la cour pour représenter les intérêts de la « famille Smith ». Personne n'a formellement repris l'instance à la place du défunt. (Il s'agit d'une irrégularité dont nous traiterons plus loin.) L'avocat soutient que les membres de la famille Smith subissent encore les séquelles émotionnelles, sociales et psychologiques de la condamnation pour meurtre. Depuis son décès, ils ont tout fait pour poursuivre le difficile combat visant à laver le nom de la famille. Le bien-fondé de leur combat et l'incapacité du système de justice de faire en sorte que l'appel soit entendu du vivant de M. Smith justifient, selon lui, l'intervention *post-mortem* de la cour.

II. Analyse

Le décès de l'accusé élimine toute possibilité de réparation qu'une cour d'appel aurait pu accorder. Dans les circonstances de l'espèce, le décès soulève trois domaines de préoccupation connexes : premièrement, la compétence de la cour d'appel et la survie d'un appel qui peut être considéré comme étant lié à la personne du défunt; deuxièmement, la procédure à suivre et la nécessité d'avoir une partie vivante pour que le processus se poursuive devant la cour d'appel; troisièmement, le caractère justiciable ainsi que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour d'appel d'entendre un appel devenu théorique en ce qui a trait aux parties. La poursuite et le règlement de l'appel dépendra de la façon dont chacun de ces éléments est résolu.

En conséquence, lorsqu'une partie intéressée demande la poursuite de l'instance malgré le décès de l'appellant (ou, dans le cas d'un pourvoi formé par le ministère public, de l'intimé), la démarche doit être la suivante :

1. Sur le fondement des règles de procédure applicables, une requête doit être présentée en

personal representative or another interested party for the deceased accused, and

2. The appellate court must consider, in light of the interests of justice, whether it is proper to exercise its jurisdiction to hear the appeal despite it being rendered moot by the death of the accused, or to abate the appeal. Those cases in which it will be proper to exercise jurisdiction to hear a moot criminal appeal will be rare and exceptional.

¹¹ The traditional view in Canada was that a criminal appeal ought never to survive the death of the accused, although the courts did not always make it clear whether this was thought to result from a lack of jurisdiction, or a rule of practice and procedure. See, e.g., *R. v. Hay*, [1994] O.J. No. 2598 (QL) (C.A.), and *R. v. Lewis* (1997), 153 D.L.R. (4th) 184 (B.C.C.A.). Abatement occurred even if the appeal had been argued and the decision reserved (see *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172 (Ont. C.A.)), and occurred as well where the appellant was the Crown and it was the accused respondent who died (see *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 112 (Ont. C.A.)). The “dead can’t appeal” approach is also followed in England. See, e.g., *R. v. Kearley (No. 2)*, [1994] 3 All E.R. 246, where the House of Lords held that a criminal appeal abates upon death, leaving the conviction and the sentence intact, *per* Lord Jauncey, at p. 253:

My Lords, as a pure matter of construction untrammelled by authority I should have had little hesitation in concluding that a right of appeal to the Court of Appeal under Pt I of the 1968 Act was personal to the convicted person.

¹² Although the House of Lords recognized that abatement could cause injustice in some circumstances, it was concluded that reform was a matter for Parliament. Subsequently, Parliament enacted the *Criminal Appeal Act 1995* (U.K.), 1995, c. 35, which established the Criminal Cases Review Commission with power, in specified circumstances,

vue du remplacement de l’accusé décédé par le représentant personnel ou une autre partie intéressée.

2. Compte tenu de l’intérêt de la justice, la cour d’appel doit décider s’il convient d’exercer son pouvoir d’entendre l’appel, même s’il est devenu théorique par suite du décès de l’accusé, ou de l’arrêter. Ce n’est que rarement et à titre exceptionnel qu’il sera opportun d’exercer le pouvoir d’entendre un appel théorique en matière criminelle.

Traditionnellement, les tribunaux canadiens ont estimé qu’un appel en matière criminelle ne devait jamais suivre son cours après le décès de l’accusé, mais ils n’ont pas toujours précisé si c’était l’absence de compétence ou l’application d’une règle de pratique ou de procédure qui fondait leurs décisions. Voir, p. ex., *R. c. Hay*, [1994] O.J. No. 2598 (QL) (C.A.), et *R. c. Lewis* (1997), 153 D.L.R. (4th) 184 (C.A.C.-B.). L’arrêt valait même si l’appel avait été entendu et que l’affaire avait été prise en délibéré (voir *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172 (C.A. Ont.)). Il en allait de même dans le cas où l’appelant était le ministère public et que c’était l’intimé accusé qui décédait (voir *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 112 (C.A. Ont.)). Le principe qu’« un mort ne peut interjeter appel » a également été adopté en Angleterre. Voir, p. ex., *R. c. Kearley (No. 2)*, [1994] 3 All E.R. 246, où la Chambre des lords a statué qu’en matière criminelle, le décès éteignait l’instance d’appel, la déclaration de culpabilité et la peine infligée demeurant alors inchangées (lord Jauncey, p. 253) :

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, si je devais interpréter la loi sans avoir à me soucier de la jurisprudence, je n’aurais eu aucune hésitation à conclure que le droit de se pourvoir devant la Cour d’appel en vertu de la partie I de la loi de 1968 est un droit personnel de l’individu déclaré coupable.

Même si elle a reconnu que l’arrêt de l’appel pouvait parfois causer une injustice, la Chambre des lords a conclu qu’il appartenait au Parlement de modifier la loi. Par la suite, le Parlement a adopté la *Criminal Appeal Act 1995* (R.-U.), 1995, ch. 35, qui créait la Criminal Cases Review Commission et l’investissait du pouvoir, dans certains cas précis,

to refer the conviction or sentence for review by the Court of Appeal even in the absence of an appeal commenced in the lifetime of the convicted person. Abatement of the appeal leaving the conviction intact is also the rule in some of the American jurisdictions: see *Dove v. United States*, 423 U.S. 325 (1976); *State v. Christensen*, 866 P.2d 533 (Utah 1993), at p. 535; *United States v. Rorie*, 58 M.J. 399 (C.A.A.F. 2003); and *Whitehouse v. State*, 364 N.E.2d 1015 (Ind. 1977), at pp. 1015-16.

The “dead can’t appeal” rule is supported more strongly by the intervenor, the Attorney General of Ontario, than by the respondent Crown. The former argues that the wording of the right of appeal under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, confers a purely personal right which dies with the appellant. There is, he argues, no provision for an appeal to continue after the appellant’s death, or for anyone to be substituted in his or her place. As a result, he says, “[W]hen the convicted person dies, there is no jurisdiction to continue with the appeal” (Attorney General of Ontario’s factum, at para. 4 (emphasis added)).

A review of the jurisprudence of other common law jurisdictions suggests that simple abatement is not the only potential outcome recognized as appropriate upon an appellant’s death. A second possible outcome, with considerable support in the United States, is that death pending appeal of a criminal conviction from the trial court abates the prosecution *ab initio*, i.e., vacating all proceedings in the prosecution since its inception including the conviction (*Durham v. United States*, 401 U.S. 481 (1971), and see summary of this position in *State v. Makaila*, 897 P.2d 967 (Haw. 1995), at p. 969). There are several rationales given for vacating the conviction as well as abating the appeal. Some courts take the view that appellate review of a conviction is so integral to the array of procedural safeguards due an accused that incapacity to obtain such review nullifies the verdict of guilt. An accused should “not stand convicted without resolution of the merits of his appeal” (*United States v. Moehlenkamp*, 557 F.2d 126 (7th Cir. 1977), at p. 128; see also *Griffin v. Illinois*, 351

de soumettre la déclaration de culpabilité ou la peine à l’examen de la Cour d’appel même en l’absence d’un pourvoi formé du vivant de la personne en cause. La règle selon laquelle la déclaration de culpabilité demeure lorsque l’appel est arrêté vaut également dans certains ressorts américains : voir *Dove c. United States*, 423 U.S. 325 (1976); *State c. Christensen*, 866 P.2d 533 (Utah 1993), p. 535; *United States c. Rorie*, 58 M.J. 399 (C.A.A.F. 2003); *Whitehouse c. State*, 364 N.E.2d 1015 (Ind. 1977), p. 1015-1016.

L’intervenant, le procureur général de l’Ontario, appuie plus fermement que l’intimé, le ministère public, le principe qu’« un mort ne peut interjeter appel ». Il fait valoir que le libellé de la disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoyant le droit d’appel confère un droit purement personnel qui est éteint par le décès de l’appellant. Il soutient qu’aucune disposition ne prévoit la poursuite de l’instance après le décès de l’appellant, ni sa reprise par qui que ce soit. Il conclut : [TRADUCTION] « [L]orsque décède la personne déclarée coupable, la cour n’a pas compétence pour poursuivre l’audition de l’appel » (mémorial du procureur général de l’Ontario, par. 4 (je souligne)).

Selon la jurisprudence d’autres ressorts de common law, l’arrêt simple n’est pas la seule issue jugée appropriée lorsque l’appellant décède. Une deuxième issue possible, jouissant d’un grand appui aux États-Unis, est que le décès qui survient pendant l’appel d’une déclaration de culpabilité met rétroactivement un terme à la poursuite depuis le début, annulant ainsi chacune des étapes de la poursuite, y compris la déclaration de culpabilité (*Durham c. United States*, 401 U.S. 481 (1971), et voir le résumé de cette position dans *State c. Makaila*, 897 P.2d 967 (Haw. 1995), p. 969). On a donné plusieurs raisons pour justifier l’annulation de la déclaration de culpabilité de pair avec l’arrêt de l’appel. Pour certains tribunaux, la révision en appel d’une déclaration de culpabilité est si inhérente aux garanties procédurales offertes à l’accusé que l’impossibilité d’obtenir une telle révision emporte l’annulation du verdict de culpabilité. [TRADUCTION] « Lorsqu’il n’est pas statué sur le bien-fondé de l’appel, la déclaration de culpabilité

U.S. 12 (1956), at p. 18; *United States v. Schumann*, 861 F.2d 1234 (11th Cir. 1988); *United States v. Oberlin*, 718 F.2d 894 (9th Cir. 1983), at p. 896, and *United States v. Pauline*, 625 F.2d 684 (5th Cir. 1980)).

15

Other courts base themselves on the proposition that the role and function of the criminal process is to punish the guilty. Punishment of a convicted criminal is inherently personal and, as the death of the accused eliminates the possibility of punishment, it therefore eliminates the purpose of the criminal proceeding:

[P]unishment, incarceration, or rehabilitation have heretofore largely been the exclusive purposes of sentences and so ordinarily should be abated upon death for shuffling off the mortal coil completely forecloses punishment, incarceration, or rehabilitation, this side of the grave at any rate.

(*United States v. Dudley*, 739 F.2d 175 (4th Cir. 1984), at p. 177)

16

It is not open to a Canadian court to abate the conviction as well as the appeal. Firstly, such an outcome is not compatible with the *Criminal Code*, which is quite specific in s. 686 as to when a conviction may be set aside by an appellate court. Secondly, the presumption of innocence does not survive the conviction (see *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, at paras. 108-9; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), at p. 37). A convicted criminal appellant must prove error requiring the conviction to be vacated. Thirdly, there may be collateral consequences of vacating a conviction, such as the disposition of fines or restitution orders. There seems to be no good reason why abatement should benefit the financial estate of the deceased appellant. Vacating of a conviction might also enable the estate of a deceased appellant to profit under his or her victim's will or life insurance policy, and thereby profit from the crime. Such an outcome would not be acceptable public policy: see, e.g., *Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22, at paras. 11 et seq.; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R.

ne doit pas être maintenue. . . » (*United States c. Moehlenkamp*, 557 F.2d 126 (7th Cir. 1977), p. 128; voir aussi *Griffin c. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956), p. 18; *United States c. Schumann*, 861 F.2d 1234 (11th Cir. 1988); *United States c. Oberlin*, 718 F.2d 894 (9th Cir. 1983), p. 896, et *United States c. Pauline*, 625 F.2d 684 (5th Cir. 1980)).

D'autres tribunaux se fondent sur la proposition que l'objet des procédures criminelles est de punir le coupable. La sanction infligée à celui-ci est intrinsèquement liée à sa personne et, comme le décès de l'accusé supprime toute possibilité de sanction, il fait également disparaître l'objet des procédures criminelles :

[TRADUCTION] Jusqu'à ce jour, la punition, l'emprisonnement ou la réadaptation ont constitué, en grande partie, les seuls objectifs de la peine infligée et doivent de ce fait s'arrêter au décès, puisque le fait que l'intéressé soit débouillé de son enveloppe mortelle les exclut totalement, du moins de ce côté-ci de la tombe.

(*United States c. Dudley*, 739 F.2d 175 (4th Cir. 1984), p. 177)

Au Canada, une cour de justice ne peut arrêter la déclaration de culpabilité de pair avec l'appel. Premièrement, cela n'est pas compatible avec le *Code criminel*, qui prévoit très précisément à l'art. 686 dans quel cas une cour d'appel peut écarter une déclaration de culpabilité. Deuxièmement, la présomption d'innocence cesse en cas de déclaration de culpabilité (voir *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, par. 108-109; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), p. 37). La personne qui appelle d'une déclaration de culpabilité doit prouver l'erreur qui en justifie l'annulation. Troisièmement, l'annulation d'une déclaration de culpabilité peut avoir des conséquences accessoires, p. ex. qu'en est-il des amendes et des ordonnances de restitution? Rien ne paraît justifier que l'arrêt de l'instance bénéficie financièrement à la succession de l'appellant. L'annulation de la déclaration de culpabilité pourrait également permettre à la succession d'hériter de la victime ou de toucher le produit de son assurance-vie et de tirer ainsi profit du crime. Pareil résultat irait à l'encontre de l'intérêt public : voir, p. ex., *Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22, par.

(2d) 33 (H.C.J.), aff'd (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.).

A third potential outcome when an appellant dies is that the appeal may in some circumstances be prosecuted, notwithstanding his or her death. This is the view taken by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Jetté* (1999), 141 C.C.C. (3d) 52. In that case, a manslaughter conviction rested almost entirely on a confession to the police. After the appeal had been launched, but before it was heard, the convicted person died. The pending appeal included an application for the court to receive fresh evidence showing that the police officer had recanted. He admitted that he had lied at trial about the alleged confession, that he had extracted "the confession" by threats and that the accused had been beaten by other police officers. Further, a contemporaneous tape recording of a conversation between the accused and an informant, said at trial to have been "erased", had now been found. It showed that, contrary to the informant's evidence at trial, the accused had not in fact incriminated himself. In these circumstances, there was not only a very serious (to say the least) doubt about the fairness of the trial, but the police officer's recantation suggested that the accused was factually innocent. Fish J.A. (as he then was) stated that the court had a discretion whether or not to proceed, and that the discretion should be exercised in favour of hearing the appeal in the following circumstances (at p. 57):

In my view, we should hear the matter on its merits only when the interests of justice require that we do so, notwithstanding absence of any temporal consequences for the accused who inscribed the appeal. [Emphasis added.]

Jetté was adopted with some qualifications by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal in the present case.

A similar discretion to continue an appeal, which by reason of the appellant's death is rendered moot, is also accepted in some American jurisdictions. In *Commonwealth v. Walker*, 288 A.2d 741 (1972), for example, the Supreme Court of Pennsylvania stated

11 et suiv.; *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33 (H.C.J.), conf. par (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.).

Une troisième issue possible est que, dans certains cas, l'appel puisse suivre son cours malgré le décès de l'appelant. C'est cette solution qu'a retenue la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Jetté* (1999), 141 C.C.C. (3d) 52. Dans cette affaire, la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable repose presque entièrement sur un aveu fait à un policier. Après la formation de l'appel, mais avant son audition, l'appelant décède. L'appel comporte notamment la demande que la cour reçoive un nouvel élément de preuve selon lequel le policier s'est rétracté. Celui-ci a admis qu'il s'était parjuré au procès au sujet du préteudu « aveu », qu'il l'avait obtenu par des menaces et que l'accusé avait été battu par d'autres policiers. De plus, l'enregistrement de la conversation de l'accusé avec un indicateur réalisé à la même époque, dont on a dit au procès qu'il avait été « effacé », a été retrouvé. Il révèle que, contrairement au témoignage de l'indicateur au procès, l'accusé ne s'est aucunement incriminé. Dans ces circonstances, non seulement un doute très sérieux (c'est le moins qu'on puisse dire) plane sur l'équité du procès, mais la rétractation du policier porte à croire que l'accusé est en fait innocent. Le juge Fish (maintenant juge de notre Cour) dit que la cour a le pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non l'instance et que ce pouvoir doit être exercé en faveur de l'audition du pourvoi dans le cas suivant (p. 57) :

[TRADUCTION] À mon avis, nous devons entendre l'appel quant au fond seulement lorsque l'intérêt de la justice l'exige, malgré l'absence de conséquences sur le plan temporel pour l'accusé ayant interjeté appel. [Je souligne.]

En l'espèce, la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador souscrit avec certaines réserves à *Jetté*.

Les tribunaux de certains ressorts américains reconnaissent l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire de poursuivre l'instance même si elle est devenue théorique par suite du décès de l'appelant. Dans *Commonwealth c. Walker*, 288 A.2d 741 (1972),

that it was in the interests of the accused's estate and society that a challenge instituted by the accused in his lifetime to the regularity or constitutionality of a criminal proceeding be fully reviewed and decided by the appeal process, notwithstanding the death of the appellant. See also *State v. Jones*, 551 P.2d 801 (Kan. 1976), at p. 804; and *State v. McGettrick*, 509 N.E.2d 378 (Ohio 1987).

20 In my view, the correct legal outcome when an appellant dies is that the court retains jurisdiction to proceed "in the interests of justice", but that it is a jurisdiction that should be sparingly exercised. I will deal first with the jurisdictional objection. I will then turn to the circumstances in which the discretion should be exercised to proceed with the appeal, notwithstanding the appellant's death.

A. *Jurisdiction to Hear a Criminal Appeal Where the Appellant Dies*

21 It is well established that appeals are solely creatures of statute: see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 958; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at pp. 69-70; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773; and *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412, at p. 428. See also s. 674 of the *Criminal Code* which provides that, "[n]o proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences." Section 675(1) provides the source of jurisdiction for the appeal, i.e., "[a] person who is convicted . . . may appeal to the court of appeal . . . against his conviction" (emphasis added). This language presupposes that at the time of the filing of the notice of appeal, the person convicted is alive and thus competent to initiate the appeal. The relevant procedure is outlined in the *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Court of Appeal Criminal Appeal Rules* (2002), SI/2002-96, rule 3. The continuing jurisdiction of the Court of Appeal in this case rested on the notice of appeal that was properly filed during Smith's lifetime.

22 The Crown argues that s. 686 of the *Criminal Code* is not consistent with hearing the appeals of the dead. The argument is that an appeal cannot be

par exemple, la Cour suprême de Pennsylvanie a statué qu'il était dans l'intérêt de la succession de l'accusé et de la société que le pourvoi alléguant l'irrégularité ou l'inconstitutionnalité d'une procédure criminelle soit dûment entendu et réglé, malgré le décès de l'appelant. Voir également *State c. Jones*, 551 P.2d 801 (Kan. 1976), p. 804, et *State c. McGettrick*, 509 N.E.2d 378 (Ohio 1987).

À mon avis, lorsque l'appelant décède, la bonne issue juridique est que la cour conserve le pouvoir de poursuivre l'instance « dans l'intérêt de la justice », mais elle doit exercer ce pouvoir à titre exceptionnel. J'examinerai tout d'abord l'objection liée à la compétence. Puis je traiterai des circonstances dans lesquelles il faut exercer le pouvoir discrétionnaire de permettre que l'appel suive son cours malgré le décès de l'appelant.

A. *Pouvoir d'entendre un appel en matière criminelle malgré le décès de l'appelant*

Il est bien établi que l'appel est une pure création de la loi écrite : voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 958; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, p. 69-70; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, p. 1773; *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412, p. 428. Voir aussi l'art. 674 du *Code criminel*, qui dispose que « [n]ulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels. » Le paragraphe 675(1) investit le tribunal du pouvoir d'entendre l'appel : « Une personne déclarée coupable [...] peut interjeter appel, devant la cour d'appel [...] de sa déclaration de culpabilité » (je souligne). Ce libellé suppose que, au moment du dépôt de l'avis d'appel, l'intéressé est vivant et donc apte à former l'appel. La procédure applicable est prévu à la règle 3 des *Règles de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Cour d'appel en matière criminelle* (2002), TR/2002-96. En l'espèce, le fait que la Cour d'appel demeure compétente découle de l'avis d'appel que M. Smith a dûment déposé de son vivant.

Le ministère public fait valoir que l'art. 686 du *Code criminel* se concilie mal avec l'audition d'un pourvoi après le décès de l'appelant car, selon cette

allowed under s. 686 of the *Criminal Code* unless a new trial can be ordered. The court cannot order the dead to be retried. If the court cannot order a new trial, the Crown contends, it has no jurisdiction under s. 686(8) to order that the holding of the new trial be stayed. The Crown says that this gap in the remedial authority of the appellate court indicates that Parliament never intended such appeals to be heard at all. This is not a convincing objection. Section 686(2) provides that where a Court of Appeal allows an appeal, "it shall quash the conviction", and s. 686(8) provides that, on the exercise of "any of the powers" under s. 686(2), the court may make "any order, in addition, that justice requires". The quashing of the conviction is an exercise of the court's power under s. 686(2). Additional orders authorized by s. 686(8) include a stay of proceedings. It is not necessary to order a new trial of the dead before imposing a stay of further proceedings.

An appellant thus exercises his or her "personal right" to appeal when the notice of appeal is filed. The filing is the root of the appellate court's jurisdiction. Whether the court chooses to proceed with the appeal or not is a matter of discretion to be exercised according to the principles set out in *Borowski* and the cases that follow it, including *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, hereinafter discussed.

Nothing in the rules automatically abates an appeal by reason of the death of an accused in a criminal case. The present appeal sat on the books of the Court of Appeal for seven years before any steps were taken to terminate it. At that time, the Crown, prompted by the Court Registry, brought a motion to abate. The issue for the Court of Appeal at that stage was to determine what was to be done with a matter properly pending before it that had, by reason of the death of the appellant, become moot.

The intervenor, the Attorney General of Ontario, suggests that denial of jurisdiction to hear an appeal after the appellant dies would not leave the Smith family without a remedy. Its members could apply

disposition, l'appel ne peut être accueilli que si un nouveau procès peut être ordonné. Or, la cour ne peut ordonner que l'accusé décédé subisse un nouveau procès. Le ministère public soutient que, si la cour ne peut ordonner un nouveau procès, elle ne peut, sur le fondement du par. 686(8), ordonner l'arrêt des procédures. Selon lui, cette lacune du pouvoir de réparation de la cour d'appel indique que le législateur n'a jamais voulu qu'un tel appel puisse être entendu. L'argument n'est pas convaincant. Le paragraphe 686(2) prévoit que, lorsqu'une cour d'appel admet un appel, « elle annule la condamnation », et le par. 686(8) dispose que, lorsqu'elle exerce « des pouvoirs » conférés par le par. 686(2), elle peut « en outre rendre toute ordonnance que la justice exige ». L'annulation de la déclaration de culpabilité constitue un exercice du pouvoir que lui confère le par. 686(2). Les ordonnances supplémentaires qu'autorise le par. 686(8) englobent l'arrêt des procédures. La cour n'a pas à ordonner un nouveau procès de l'accusé décédé pour pouvoir ordonner l'arrêt de toute procédure ultérieure.

23

Lorsqu'il dépose l'avis d'appel, l'appelant exerce donc son « droit personnel » d'interjeter appel. La cour d'appel tire sa compétence du dépôt de l'avis d'appel. La décision d'entendre ou non l'appel relève d'un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé conformément aux principes dégagés dans *Borowski* et dans les arrêts qui ont suivi, notamment *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, que j'examine plus loin.

24

En matière criminelle, aucune règle ne prévoit l'arrêt automatique de l'appel après le décès de l'accusé. En l'espèce, l'appel est resté sept ans à la Cour d'appel avant que des démarches ne soient entreprises pour y mettre fin. Pressé d'agir par le greffe de la cour, le ministère public a présenté une requête en arrêt. La Cour d'appel devait alors décider du sort d'une affaire dûment en instance qui, par suite du décès de l'appelant, présentait un intérêt théorique.

25

L'intervenant, le procureur général de l'Ontario, laisse entendre que la famille Smith ne serait pas privée de tout recours si l'appel ne pouvait suivre son cours à cause du décès de l'appelant. Ses

to the Minister of Justice under s. 696.1(1) of the *Criminal Code* to invoke a ministerial authority descended in part from the royal prerogative of mercy. See D. P. Cole and A. Manson, "Pardons and the Royal Prerogative of Mercy", in *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review* (1990), 399, at pp. 409-10. This is not a satisfactory substitute. The Smith family seeks justice, not mercy, and it seeks justice from the courts that convicted the deceased, not from the Minister. In any event, the Minister's power of intervention depends on whether there is "a reasonable basis to conclude that a miscarriage of justice likely occurred" (s. 696.3(3)), whereas the appellant's case here relates to the fair trial rights of the deceased. Error in that regard does not necessarily amount to a miscarriage of justice.

B. *The Need for a Live Appellant*

26 The appeal, as stated, was properly launched by the appellant on March 20, 1985. The proceeding became irregular upon his death on February 4, 1994 because, as of that date, it was in the name of a non-existent person. Wells C.J.N.L., at the outset of his reasons, said that "it is convenient to refer to the interests represented by the late appellant and his family as the Smith Family" ((2002), 161 C.C.C. (3d) 353, at para. 1). However, in my view, with respect, the irregularity ought to have been addressed by an application by the executor or personal representative of the deceased appellant to pursue the appeal in substitution for the deceased: *Lewis, supra*, at p. 186, and *Jetté, supra*, at p. 63. The dead cannot give instructions. Nor are the dead any longer amenable to the direction of the court. If the appeal is to be carried on in the interest of the "Smith family", a live appellant should be substituted.

27 This eventuality is covered by rule 27 of the *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Court of Appeal Criminal Appeal Rules* (2002), which provides as follows:

27. The rules, with any necessary modifications, of the Supreme Court of Newfoundland and Labrador

membres pourraient demander au ministre de la Justice, en application du par. 696.1(1) du *Code criminel*, d'exercer un pouvoir ministériel découlant en partie de la prérogative royale de clémence. Voir D. P. Cole et A. Manson, « Pardons and the Royal Prerogative of Mercy », dans *Release from Imprisonment : The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review* (1990), 399, p. 409-410. Il ne s'agit pas d'une solution de rechange satisfaisante. La famille Smith recherche la justice, et non la clémence, et c'est aux tribunaux qui ont prononcé la déclaration de culpabilité qu'elle s'adresse, et non au ministre. De toute manière, le pouvoir d'intervention du ministre dépend de l'existence de « motifs raisonnables de conclure qu'une erreur judiciaire s'est probablement produite » (par. 696.3(3)), alors que c'est le droit du défunt à un procès équitable qui est en cause en l'espèce. Une erreur commise à cet égard n'équivaut pas nécessairement à une erreur judiciaire.

B. *L'exigence que l'appelant soit vivant*

Rappelons que, le 20 mars 1985, l'appelant a dûment interjeté appel. L'instance est devenue irrégulière à son décès, le 4 février 1994, puisque, dès lors, elle était inscrite au nom d'une personne qui n'existe pas. Au début de ses motifs, le juge en chef Wells dit qu'[TRADUCTION] « il est commode de regrouper sous l'appellation "famille Smith" les intérêts représentés par le défunt appellant et sa famille » ((2002), 161 C.C.C. (3d) 353, par. 1). En toute déférence, j'estime que, pour remédier à l'irrégularité, l'exécuteur testamentaire ou le représentant personnel du défunt aurait dû présenter une demande de reprise de l'instance : *Lewis*, précité, p. 186, et *Jetté*, précité, p. 63. Le défunt ne peut donner d'instructions. Il ne peut non plus être contraint d'observer les directives de la cour. Si l'appel doit suivre son cours dans l'intérêt de la « famille Smith », un nouvel appellant doit remplacer le défunt.

La règle 27 des *Règles de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Cour d'appel en matière criminelle* (2002) prévoit cette possibilité; en voici le libellé :

27. Les règles de procédure civile de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador et les règles connexes de la

relating to civil procedure and other related rules of the Court shall, if not inconsistent with these Rules, the Code or any other statute having application, apply to these Rules in all matters not provided for herein. [Emphasis added.]

Since neither the *Criminal Code* nor the *Criminal Appeal Rules* (SI/87-28) speak to substitution on death of the parties, the rules of civil procedure for Newfoundland are applicable. Rule 7.07 of the Newfoundland civil procedure rules (S.N. 1986, c. 42, Sch. D) provides for substitution of a live party for the deceased party. Its provisions can therefore be applied, "with any necessary modifications", to criminal appeals.

Similarly, appeals to this Court are governed in this respect by ss. 72 to 78 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, grouped under the heading "Death of Parties".

The substitution of a live appellant is important to the retention of jurisdiction. In *R. v. Lofthouse* (1990), 60 O.A.C. 320, a case under the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, Sopinka J. noted that where a statute or regulation provides for the continuation of an appeal upon death of a party, that procedure *must* be followed, failing which the Court will quash the appeal (at para. 1):

Entirely apart from the doctrine of mootness, an appeal to this Court cannot be prosecuted or continued by a party who has since died. An application must be made to continue the appeal pursuant to s. 73(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. This application must be made by a personal representative who is either the executor or the administrator of the estate. The application under s. 73(1) is therefore dismissed. The application to quash is granted and the appeal is therefore quashed.

No application is before us to quash the appeal for failure to substitute a live appellant. If it were necessary to do so, I would invite counsel to apply to appoint Smith's executor or personal representative *nunc pro tunc* to continue the appeal on behalf of the Smith family. However, as the appeal is to be dismissed in any event, it seems unnecessary to

Cour qui ne sont pas incompatibles avec les présentes règles, le Code ou toute autre loi applicable s'appliquent avec les adaptations nécessaires à toutes les questions qui ne sont pas prévues par les présentes règles. [Je souligne.]

Étant donné que ni le *Code criminel* ni les *Règles des appels en matière criminelle* (TR/87-28) ne parlent du remplacement de la partie décédée, les règles de procédure civile de Terre-Neuve s'appliquent. La règle 7.07 des règles de procédure civile de Terre-Neuve (S.N. 1986, ch. 42, ann. D) prévoit le remplacement de la partie défunte. Elle s'applique donc, « avec les adaptations nécessaires », aux appels en matière criminelle.

De même, les pourvois formés devant la Cour sont régis à cet égard par les art. 72 à 78 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, sous la rubrique « Décès des parties ».

La reprise de l'instance par une personne vivante est importante pour le maintien de la compétence. Dans *R. c. Lofthouse* (1990), 60 O.A.C. 320, une affaire ressortissant à la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, le juge Sopinka signale que, lorsqu'une loi ou un règlement prévoit la poursuite d'une instance en appel après le décès d'une partie, la procédure établie doit être suivie, sous peine d'annulation de l'appel (par. 1) :

[TRADUCTION] Abstraction faite de la doctrine de l'intérêt théorique, un pourvoi devant la Cour ne peut se poursuivre après le décès d'une partie. Une demande doit être présentée sur le fondement du par. 73(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, afin que l'instance puisse suivre son cours. La demande doit être présentée par le représentant personnel, qu'il s'agisse de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur de la succession. La demande fondée sur le par. 73(1) est donc rejetée. La demande d'annulation est accueillie, et le pourvoi annulé.

La Cour n'est saisie d'aucune demande d'annulation du pourvoi pour omission de désigner un nouvel appellant. Si besoin était, j'inviterais l'avocat à demander l'autorisation de désigner, avec effet rétroactif, l'exécuteur testamentaire ou le représentant personnel de M. Smith pour poursuivre l'instance en appel au nom de la famille Smith. Mais

28

29

30

burden the litigants with additional procedures at this late stage.

- 31 Once the appeal is properly reconstituted with a live appellant (or live respondent, in the case of a Crown appeal), the court must then turn to the exercise of its discretion to hear, or not to hear, the appeal rendered moot by the death of the party.

C. The Two-Stage Approach to Mootness in Criminal Appeals

- 32 The doctrine of mootness is an aspect of the general policy that a court may decline to decide a case which presents no live controversy affecting the rights of the parties, including the situation where one of the parties has died and the controversy has essentially been interred with the deceased. However, it is recognized that in some cases an appeal thus rendered moot can still be heard on its merits where the court retains jurisdiction (as it does here). The question is whether the appeal would go forward in an adversarial context and presents special features which make it in the interests of justice to resolve: *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, at p. 97.

- 33 The two-step approach applicable to the hearing of moot appeals was outlined in the civil context by Sopinka J. in *Borowski, supra*, at p. 353:

First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. . . . In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the “live controversy” test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant.

- 34 It is apparent that the “tangible and concrete dispute” between Brian Smith and the Crown could not survive Smith’s death. He cannot now benefit from the new trial that he sought. Sopinka J., in *Borowski*,

comme le pourvoi sera rejeté de toute manière, il ne paraît pas nécessaire de demander aux parties d’entreprendre de nouvelles démarches à ce stade avancé de la procédure.

Une fois l’appel régularisé par le remplacement de l’appelant (ou de l’intimé, dans le cas d’un appel interjeté par le ministère public) décédé, la cour doit exercer le pouvoir discrétionnaire d’entendre ou non l’appel devenu théorique par suite du décès de la partie en cause.

C. L’appel théorique en matière criminelle — Analyse en deux temps

La doctrine du caractère théorique est un aspect de la politique générale qu’un tribunal peut refuser de statuer sur une affaire qui ne présente pas de litige actuel touchant les droits des parties; c’est notamment le cas où l’une des parties est décédée et le litige est essentiellement éteint par le décès. Cependant, il est reconnu que dans certains cas, un appel théorique peut être entendu quant au fond si le tribunal demeure compétent (comme en l’espèce). La question est de savoir si l’appel progresse dans le cadre d’un débat contradictoire et présente les caractéristiques qui font qu’il est dans l’intérêt de la justice de le trancher : *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, p. 97.

L’analyse en deux temps applicable à l’audition d’un appel théorique est décrite par le juge Sopinka dans *Borowski*, précité, p. 353, dans le contexte d’une affaire civile :

En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l’affaire. [...] Pour être précis, je considère qu’une affaire est « théorique » si elle ne répond pas au critère du « litige actuel ». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s’il estime que les circonstances le justifient.

Il est clair que le « différend concret et tangible » opposant Brian Smith au ministère public ne pouvait survivre au décès de M. Smith. Ce dernier ne peut plus bénéficier du nouveau procès qu’il a demandé.

gave as an example of mootness the death of the appellant (at p. 355):

The particular circumstances of the parties to an action may also eliminate the tangible nature of a dispute. The death of parties challenging the validity of a parole revocation hearing (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) and a speeding ticket (*R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234) ended any concrete controversy between the parties.

In *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, this Court heard an appeal after the death of the appellant in a quasi-criminal prosecution initiated pursuant to the Saskatchewan *Vehicles Act*, R.S.S. 1978, c. V-3. The appellant had sought and been granted leave to appeal to this Court, but had died before the appeal could be heard. The deceased had obviously lost any direct or personal interest in whether or not surviving residents of Saskatchewan are entitled to have the relevant statutory provision governing a speeding ticket expressed in French and to have a trial conducted in French. The Court exercised its discretion to hear the appeal notwithstanding its mootness because the case not only raised an important legal issue but satisfied the other criteria for the hearing of a moot appeal, including the continued existence of a proper adversarial context.

Other Canadian courts have applied *Borowski* to resolve issues of mootness in relation to appeals in criminal cases: *Adams, supra*; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, at p. 112; *R. v. Gautreau* (1989), 52 C.C.C. (3d) 410 (Que. C.A.), at p. 418; *Southam Inc. v. Canada* (1990), 55 C.C.C. (3d) 428 (Ont. C.A.), at p. 431; and *Lewis, supra*, at p. 186.

The general reluctance of Canadian courts to proceed with a moot criminal appeal is justified by the fact that, in the overwhelming majority of cases, the *Borowski* criteria are not satisfied. In some cases, there is missing an appropriate adversarial context in which to determine the outstanding issues: *Southam, supra*, at p. 431. In other cases, the court expressed a concern not to dedicate scarce judicial resources

Dans *Borowski*, à titre d'exemple de situation où l'appel devient théorique, le juge Sopinka cite le décès de l'appelant (p. 355) :

Un changement dans la situation des parties à une action peut aussi éliminer l'aspect tangible du litige. Le décès d'une partie qui contestait la validité d'une audition sur la révocation de sa libération conditionnelle (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) et, dans un autre cas, le décès d'une partie qui contestait une contravention pour excès de vitesse (*R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234) ont mis fin à des litiges concrets.

Dans *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, la Cour a entendu le pourvoi de l'appelant après son décès dans le contexte d'une instance quasi criminelle fondée sur la *Vehicles Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. V-3. Il avait obtenu l'autorisation de se pourvoir devant la Cour, mais il était décédé avant l'audition de l'affaire. Après son décès, l'appelant n'avait manifestement plus d'intérêt direct ou personnel dans le règlement de la question de savoir si ses concitoyens de la Saskatchewan avaient droit à une version française de la disposition législative régissant les contraventions pour excès de vitesse et à un procès en français. La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire d'entendre le pourvoi malgré son caractère théorique, parce que non seulement l'affaire soulevait une importante question de droit, mais elle satisfaisait également à d'autres critères, dont le maintien d'un débat contradictoire approprié.

D'autres tribunaux canadiens ont appliqué *Borowski* pour trancher des questions relatives au caractère théorique des appels en matière criminelle : *Adams*, précité; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, p. 112; *Voyer c. R.* (1989), 35 Q.A.C. 292, p. 299; *Southam Inc. c. Canada* (1990), 55 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.), p. 431, et *Lewis*, précité, p. 186.

Le fait que les tribunaux canadiens soient généralement peu enclins à entendre un appel théorique en matière criminelle peut se justifier : dans la très grande majorité des cas, les critères dégagés dans *Borowski* ne sont pas respectés. Dans certaines affaires, le débat contradictoire requis pour trancher les questions en litige fait défaut : *Southam*, précité, p. 431. Dans d'autres, les tribunaux se sont

35

36

37

to an appeal whose usefulness of result was not commensurate with its cost: *Romania (State) v. Cheng* (1997), 119 C.C.C. (3d) 561 (N.S.C.A.), at p. 563; *R. v. Anderson* (1982), 1 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.), at p. 268; *Lewis, supra*, at p. 186; and *Cadeddu, supra*, at p. 116. In other cases, the court was sensitive to the constitutional limitations on the role of the courts whose function, apart from references authorized by statute, is to decide concrete disputes and not to pronounce generally on questions of law in the absence of a “live controversy” presented for resolution: *Cadeddu, supra*, at p. 116, and *Borowski, supra*, at p. 362.

- 38 Nevertheless, the infrequency of cases in which a moot appeal would properly proceed is no reason to altogether exclude the possibility. A similar reluctance to proceed is encountered in moot civil appeals.

D. *The Test for the Exercise of Discretion*

- 39 *Borowski* identified three principal “underlying rationalia” for the “policy or practice” governing the continuance of moot appeals:
- (a) the existence of a truly adversarial context;
 - (b) the presence of particular circumstances which justify the expenditure of limited judicial resources to resolve moot cases;
 - (c) the respect shown by the courts to limit themselves to their proper adjudicative role as opposed to making free-standing, legislative-type pronouncements.

The Court indicated that these three “rationales” are not exhaustive (p. 358), nor is their application a “mechanical” process (p. 363), but the Court must exercise its discretion “judicially . . . with due regard for established principles” (p. 358).

- 40 In *Adams, supra*, the Court exercised its discretion to proceed with the moot appeal because, *per Sopinka J.*, at p. 719, it was “in the public interest” to do so.

montrés peu disposés à affecter leurs ressources limitées au règlement d’un appel dont l’utilité était disproportionnée à son coût : *Romania (State) c. Cheng* (1997), 119 C.C.C. (3d) 561 (C.A.N.-É.), p. 563; *R. c. Anderson* (1982), 1 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), p. 268; *Lewis*, précité, p. 186; *Cadeddu*, précité, p. 116. Dans d’autres cas, le tribunal a tenu compte des restrictions imposées par la Constitution quant au rôle des tribunaux, lequel, à part les renvois autorisés par la loi, consiste à statuer sur des différends concrets, et non à se prononcer sur des questions générales de droit malgré l’inexistence d’un « litige actuel » : *Cadeddu*, précité, p. 116, et *Borowski*, précité, p. 362.

Quoi qu’il en soit, la rareté des cas dans lesquels il serait justifié d’entendre un appel théorique n’est pas une raison pour exclure cette possibilité. La même hésitation à permettre qu’un appel théorique suive son cours est observée en matière civile.

D. *Le critère applicable à l’exercice du pouvoir discrétionnaire*

Borowski fait état des trois principales « assises » de la « politique ou de la pratique » régissant la poursuite des appels théoriques :

- a) l’existence d’un véritable débat contradictoire;
- b) l’existence de circonstances particulières justifiant l’affectation de ressources limitées du tribunal au règlement des appels théoriques;
- c) la volonté exprimée par les tribunaux de s’en tenir à leur véritable fonction juridictionnelle plutôt que de se prononcer sur des questions de type législatif autonomes.

La Cour a précisé que ces trois « raisons d’être » n’étaient pas exhaustives (p. 358) et qu’il ne s’agissait pas non plus d’un processus « mécanique » (p. 363), mais que la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire « de façon judiciaire selon les principes établis » (p. 358).

Dans *Adams*, précité, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire d’entendre l’appel théorique parce que, selon le juge Sopinka, il était « dans l’intérêt public » de le faire (p. 719).

Jetté, supra, made no reference to *Borowski* or *Adams* or to the more general principles developed to deal with moot appeals, but the factors mentioned by the Quebec Court of Appeal are compatible with those principles, namely:

1. that there are serious grounds of appeal;
2. that the verdict carried with it significant consequences for the party seeking to continue the proceedings;
3. that it is in the interests of justice to do so.

The fundamental criterion is “the interests of justice”. The two preliminary *Jetté* factors can be subsumed in the “interests of justice”, which is a broad and flexible concept, and deliberately chosen on that account. *Borowski* supplies the principled framework within which “the interests of justice” can be evaluated.

It is apparent that if there are no “serious grounds of appeal”, the appeal should be abated. Equally, under the second *Jetté* factor, where a verdict carries no significant consequences for the party seeking to continue it, a court should not exercise its discretion in favour of continuing the appeal. However, this factor will, in most cases, be self-fulfilling. If there were no significant consequences for the survivors, they would be unlikely to resist the Crown’s motion to quash the appeal.

The second *Jetté* factor is nevertheless a useful reminder of the need to differentiate between the potential benefits of the appeal to the original appellant, who can no longer be comforted, and the collateral consequences or potential benefits, if any, to those who have survived him or her, and to the public.

Reference to the “significant consequences for the party seeking to continue the proceedings” may, in some senses, be both too narrow and too broad. It may be too narrow because the consequences to the public may be as important, if not more so, as those

41

Dans *Jetté*, précité, nul renvoi n'est fait à *Borowski* ou à *Adams*, non plus qu'aux principes plus généraux qui sont élaborés pour régler le sort des appels théoriques, mais les facteurs invoqués par la Cour d'appel du Québec sont conciliables avec ces principes, à savoir :

1. il existe des motifs d'appel sérieux;
2. le verdict a eu des conséquences importantes pour la partie qui demande la poursuite de l'instance;
3. il est dans l'intérêt de la justice de poursuivre l'instance.

Le critère fondamental est celui de « l'intérêt de la justice ». Les deux facteurs préliminaires énoncés dans *Jetté* peuvent être subsumés sous l’« intérêt de la justice », une notion à la fois large et souple, retenue justement pour cette raison. *Borowski* fournit le cadre d'analyse fondé sur des principes qui permet de soupeser « l'intérêt de la justice ».

42

Il est clair que, faute de « motifs d'appel sérieux », l'appel doit être arrêté. De même, selon le deuxième facteur énoncé dans *Jetté*, lorsqu'un verdict n'a pas de conséquences importantes pour la partie qui demande la poursuite de l'instance, la cour ne doit pas exercer son pouvoir discrétionnaire de faire droit à la demande. Toutefois, dans la plupart des cas, ce facteur produira lui-même ses effets. De toute évidence, s'il n'y a pas de conséquences importantes pour la famille du défunt, il est improbable que celle-ci s'oppose à la requête en annulation de l'appel présentée par le ministère public.

43

Le deuxième facteur énoncé dans *Jetté* rappelle cependant à juste titre la nécessité de distinguer entre les avantages éventuels de l'appel pour l'appelant initial, qui ne peut plus être réconforté, et les conséquences accessoires ou les avantages éventuels, s'il en est, pour ses proches et pour le public.

44

La formulation « conséquences importantes pour la partie qui demande la poursuite de l'instance » peut, à certains égards, être à la fois trop restrictive et trop générale. Elle peut être trop restrictive en ce que les conséquences pour le public peuvent être

motivating the survivors of the deceased appellant seeking to continue the appeal: *R. v. Yarema* (1991), 3 O.R. (3d) 459 (C.A.).

45 Viewed in another light, the second *Jetté* factor could also be seen as too broad, because any criminal conviction potentially carries significant consequences in a subjective sense in the eyes of the executor, or personal representative, and members of the family of the deceased. In the present appeal, for example, counsel for the appellant argues that murder is the most serious of criminal offences and carries with it a stigma that imposed a burden not only on the deceased but on his family. Yet most serious crimes carry a stigma, and if that, combined with serious grounds of appeal, were sufficient, the continuation of the appeal of a dead appellant would become the rule rather than the exception in criminal matters. Conviction of almost any offence involving sexual abuse or fraud, for example, attracts stigma, and could also be expected to agitate a supportive family.

aussi importantes, sinon plus, que celles qui incitent la succession à demander la poursuite de l'appel : *R. c. Yarema* (1991), 3 O.R. (3d) 459 (C.A.).

Vu dans une autre perspective, le deuxième facteur énoncé dans *Jetté* peut également être jugé trop général du fait que toute déclaration de culpabilité peut avoir des conséquences importantes, subjectivement parlant, aux yeux de l'exécuteur testamentaire ou du représentant personnel, ainsi que des membres de la famille du défunt. En l'espèce, par exemple, l'avocat de l'appellant fait valoir que le meurtre est l'infraction criminelle la plus grave et qu'il stigmatise non seulement le délinquant, mais aussi sa famille. Or, la plupart des actes criminels graves marquent leurs auteurs du sceau de l'infamie; si cette conséquence, jumelée à l'existence de motifs d'appel sérieux, était suffisante, la poursuite de l'instance en appel malgré le décès de l'appellant deviendrait la règle, et non l'exception, en matière criminelle. Dans presque tous les cas, une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle ou fraude, par exemple, inflige un stigmate et est également susceptible de perturber les proches qui sont une source de réconfort.

46 It is "the interests of justice" on which Wells C.J.N.L. laid his emphasis, and I think he was correct to do so. This was clearly the primary consideration of Fish J.A. in *Jetté*. The "interests of justice" test captures the flexibility urged by Sopinka J. in *Borowski* (at p. 358). It signals the need not to be too dogmatic about the various criteria for its application. The exercise of the court's discretion should turn on a consideration of all the relevant circumstances, keeping in mind the general rule that in the overwhelming number of cases the death of the appellant abates his or her appeal leaving the conviction intact.

Le juge en chef Wells a mis l'accent sur « l'intérêt de la justice », et je crois qu'il a eu raison de le faire. Il est clair que c'est la considération première du juge Fish dans *Jetté*. Le critère de l'« intérêt de la justice » illustre bien la souplesse préconisée par le juge Sopinka dans *Borowski* (p. 358). Il dénote la nécessité de ne pas pécher par excès de dogmatisme quant aux diverses conditions de son application. Pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit tenir compte de tous les faits pertinents et se rappeler que, dans la très grande majorité des cas, le décès de l'appellant emporte l'arrêt de l'appel et le maintien de la déclaration de culpabilité.

47 In *Jetté*, the "interests of justice" test was clearly satisfied. The grounds of appeal were not only serious, but overwhelming. The Quebec Court of Appeal was confronted with fresh evidence that suggested the factual innocence of the convicted offender. The opportunity to clear the name of the deceased appellant was of major significance to his family, and their determination to establish his

Dans *Jetté*, le critère de l'« intérêt de la justice » est clairement respecté. Les motifs d'appel sont non seulement sérieux, mais irrésistibles. La Cour d'appel du Québec est saisie d'une preuve nouvelle selon laquelle la personne déclarée coupable est en fait innocente. La possibilité de laver la réputation du défunt revêtait une importance capitale pour sa famille, et la détermination de cette dernière à

factual innocence supplied the adversarial context. In the presence of such an apparent miscarriage of justice, “scarce judicial resources” could seldom be a disqualifying consideration. The issues surrounding the perjured testimony were quintessentially for the courts, not the legislature, to resolve. For the court to have declined to look into a serious abuse of its own process would clearly not have been “in the interests of justice”.

Jetté raised issues of broad public importance concerning police conduct and a potential systemic failure in the justice system, as well as the spectre of a serious injustice to the deceased and his family. In other words, continuance of the appeal had important collateral consequences above and beyond the potential impact on the verdict itself.

The existence of such collateral consequences for the administration of justice, quite apart from the interest of the particular convicted individual or his family, is an important consideration. In *Morin v. National SHU Review Committee*, [1985] 1 F.C. 3 (C.A.), for example, a legal point arose which recurs with some frequency but, due to the nature of the proceedings in which it generally arises, is ordinarily evasive of appellate review. In such cases, assuming the existence of a proper adversarial context, a court may consider it to be a good use of judicial resources to resolve the legal controversy if it is otherwise “in the interests of justice” to proceed. Such was the case in *Adams, supra*, where the Court dealt with an appeal of revocation of a publication ban in the knowledge that such bans are frequently spent before appeals can be exhausted. A moot appeal may also raise questions about systemic failures in the justice system, as with the allegation of police brutality in *Jetté*, which transcend the interests of the immediate parties, and may justify the continuation of the appeal provided the appropriate adversarial context exists.

prouver l’innocence de l’appelant dénote l’existence d’un débat contradictoire. En présence d’une telle probabilité d’erreur judiciaire, le facteur des « ressources limitées du tribunal » peut rarement militer contre la poursuite de l’instance. La question du parjure relève essentiellement du tribunal, et non du législateur. Le tribunal n’aurait clairement pas agi « dans l’intérêt de la justice » si elle avait refusé de se pencher sur un grave abus de sa propre procédure.

L’affaire *Jetté* soulève des questions de grande importance pour le public quant à la conduite des policiers et à la possibilité d’une défaillance systémique du système de justice; elle évoque aussi le spectre d’une grave injustice à l’égard du défunt et de sa famille. En d’autres termes, la poursuite de l’appel avait d’importantes conséquences accessoires en plus de son éventuelle incidence sur la déclaration de culpabilité comme telle.

Indépendamment de l’intérêt de l’individu reconnu coupable ou de sa famille, l’existence de telles conséquences accessoires pour l’administration de la justice constitue une considération importante. Par exemple, l’affaire *Morin c. Comité national chargé de l’examen des cas d’USD*, [1985] 1 C.F. 3 (C.A.), pose une question de droit qui refait périodiquement surface mais qui, vu la nature de l’instance dans le cadre de laquelle elle est généralement soulevée, échappe d’ordinaire à la révision en appel. En pareil cas, en supposant l’existence d’un débat contradictoire approprié, une cour de justice pourrait juger opportun d’affecter ses ressources au règlement de la question en litige s’il est par ailleurs « dans l’intérêt de la justice » de poursuivre l’instance. Tel était le cas dans *Adams*, précité, où la Cour a entendu l’appel d’une ordonnance qui levait une interdiction de publication tout en sachant fort bien qu’une telle interdiction perd souvent toute utilité avant que les recours en appel n’aient été épousés. Un appel théorique peut également soulever des questions concernant des défaillances systémiques du système de justice (par exemple, la brutalité policière alléguée dans l’affaire *Jetté*) qui transcendent les intérêts des parties à l’instance et peuvent justifier la poursuite de l’instance s’il existe un débat contradictoire approprié.

50 In summary, when an appellate court is considering whether to proceed with an appeal rendered moot by the death of the appellant (or, in a Crown appeal, the respondent), the general test is whether there exists special circumstances that make it “in the interests of justice” to proceed. That question may be approached by reference to the following factors, which are intended to be helpful rather than exhaustive. Not all factors will necessarily be present in a particular case, and their strength will vary according to the circumstances:

1. whether the appeal will proceed in a proper adversarial context;
2. the strength of the grounds of the appeal;
3. whether there are special circumstances that transcend the death of the individual appellant/respondent, including:
 - (a) a legal issue of general public importance, particularly if it is otherwise evasive of appellate review;
 - (b) a systemic issue related to the administration of justice;
 - (c) collateral consequences to the family of the deceased or to other interested persons or to the public;
4. whether the nature of the order which could be made by the appellate court justifies the expenditure of limited judicial (or court) resources to resolve a moot appeal;
5. whether continuing the appeal would go beyond the judicial function of resolving concrete disputes and involve the court in free-standing, legislative-type pronouncements more properly left to the legislature itself.

51 What is necessary is that, at the end of the day, the court weigh up the different factors relevant to a particular appeal, some of which may favour continuation and others not, to determine whether in

En résumé, lorsqu'une cour d'appel se demande s'il y a lieu de poursuivre une instance devenue théorique par suite du décès de l'appelant (ou de l'intimé, dans le cas d'un appel interjeté par le ministère public), le critère général applicable consiste à se demander si des circonstances spéciales font en sorte qu'il est dans « l'intérêt de la justice » de le faire. Les facteurs suivants, qui se veulent plutôt utiles qu'exhaustifs, peuvent alors être pris en considération. Tous les facteurs ne seront pas nécessairement présents dans une affaire donnée, et le poids qu'il convient de leur attribuer variera selon les circonstances :

1. l'existence d'un débat contradictoire approprié à la poursuite de l'instance en appel;
2. le sérieux des motifs d'appel;
3. l'existence de circonstances spéciales qui transcient le décès de l'appelant ou de l'intimé, dont :
 - a) une question de droit d'intérêt général, particulièrement s'il s'agit d'une question qui échappe ordinairement à l'examen en appel;
 - b) une question de nature systémique ayant trait à l'administration de la justice;
 - c) les conséquences accessoires pour la famille du défunt, tout autre intéressé ou le public;
4. la question de savoir si la nature de l'ordonnance que pourrait rendre la cour d'appel justifie l'affectation de ses ressources limitées au règlement d'un appel théorique;
5. la question de savoir si, en poursuivant l'instance en appel, la cour n'excède pas la fonction judiciaire, qui est de trancher des différends concrets, et est amenée à se prononcer sur des questions de type législatif autonomes qu'il vaut mieux laisser au législateur.

Au bout du compte, la cour doit soupeser avec soin les différents facteurs pertinents, dont certains peuvent militer en faveur de la poursuite de l'instance et d'autres non, pour décider si dans l'appel

the particular case, notwithstanding the general rule favouring abatement, it is in the interests of justice to proceed.

E. Application of This Test to the Facts of the Present Appeal

I propose to address separately the different considerations mentioned earlier, bearing in mind that no one factor is necessarily dispositive, and all must be weighed together.

1. Adversarial Context

Counsel for the Smith family has amply demonstrated that, if the appeal were allowed to proceed, it would do so in a proper adversarial context. This factor thus supports continuation.

2. Grounds of Appeal

The grounds of appeal are “serious” in the sense that a court could have determined in Smith’s lifetime that a new trial would be the correct result. The grounds, essentially, are that the inculpatory statements were improperly obtained in violation of his *Charter* rights to counsel (s. 10(b)) and to remain silent (s. 7), and ought therefore to have been excluded (s. 24(2)). On this point, reliance is placed on the principles outlined in *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38. As to the jail house confession, the argument is that jail house informants are notoriously unreliable, and the evidence here was admitted without proper scrutiny: *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11. In any event, no *Vetrovec* warning was given to the jury about the frailties of alleged jail house confessions: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. It is also contended that the trial judge’s jury instruction in 1985 did not comply with the guidelines set out in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, decided 12 years later.

The submissions made on behalf of the Smith family can be put no higher than some good

en question il est dans l’intérêt de la justice de poursuivre l’instance même si la règle générale est en faveur de son arrêt.

E. Application de ce critère aux faits de l’espèce

Je propose d’aborder séparément les différents facteurs mentionnés plus haut, gardant présent à l’esprit qu’aucun facteur, à lui seul, n’est nécessairement déterminant et qu’il faut les soupeser ensemble.

1. Débat contradictoire

L’avocat de la famille Smith a largement établi que, si l’appel suivait son cours, ce serait dans le contexte d’un débat contradictoire approprié. Ce facteur appuie la poursuite de l’instance.

2. Motifs d’appel

Les motifs d’appel sont « sérieux » en ce sens qu’un tribunal aurait pu conclure, du vivant de M. Smith, que la tenue d’un nouveau procès s’imposait. Les motifs invoqués sont essentiellement que les déclarations inculpatoires ont été obtenues au mépris des droits garantis à l’accusé par la *Charte canadienne des droits et libertés* d’avoir recours à l’assistance d’un avocat (al. 10b) et de garder le silence (art. 7), et auraient donc dû être écartées (par. 24(2)). On s’appuie à cet égard sur les principes dégagés dans *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38. En ce qui concerne l’aveu fait en prison, l’avocat soutient que les témoignages des indicateurs sont généralement peu dignes de foi et que, en l’espèce, le témoignage a été admis en preuve sans faire l’objet d’un examen approprié : *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11. Quoi qu’il en soit, aucune mise en garde de type *Vetrovec* n’a été faite au jury au sujet de la fragilité des aveux faits en prison : *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. On soutient également que les directives que le juge du procès a données au jury en 1985 ne sont pas conformes aux lignes directrices établies dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, arrêt rendu 12 ans plus tard.

Les arguments présentés au nom de la famille Smith sont constitués au mieux de thèses

52

53

54

55

arguable points. Unlike *Jetté*, there is no application to adduce fresh evidence. The most defence counsel can say is that if he were now given access to the police records, he *might* discover evidence helpful to the defence.

3. Special Circumstances

56 On first impression (as the merits were not argued before us), it is not at all obvious that this appeal reveals a miscarriage of justice. The special circumstance urged by counsel for the Smith family is the failure of the legal system to respond adequately and in a timely manner to the attempt of the deceased appellant “to clear his name” in his lifetime. There is no proper explanation on the record of the failure of those responsible to have the appeal heard in the nine years between his conviction in February 1985 and his death in February 1994. The written correspondence between the appellant and his various lawyers, reviewed in the careful judgment of Wells C.J.N.L., demonstrates that Smith did everything in his power to move his appeal ahead. Brian Joseph Smith undoubtedly deserved his day in the Court of Appeal, and the denial of that opportunity, plus the possibility that he could in the end have cleared his name, properly grieves his family. However, as Wells C.J.N.L. pointed out, it would not be within the mandate of an appellate court hearing the merits of this appeal to get to the bottom of the causes of the procedural delays in getting on with the appeal. It is not alleged that there is systemic delay in the hearing of appeals in Newfoundland and Labrador.

57 At the core of the appeal lie the *Charter* arguments concerning the admissibility of Smith’s out-of-court statements to the police. There is nothing exceptional about the “consequences” to the Smith family that would flow from resolution of these legal points.

58 There are no other issues of broader public importance or other collateral consequences of the verdict to justify the hearing of this appeal.

défendables. Contrairement à l’affaire *Jetté*, l’autorisation de présenter une preuve nouvelle n’est pas demandée. L’avocat de la défense peut prétendre, tout au plus, que s’il avait maintenant accès aux dossiers de la police, il pourrait *peut-être* découvrir une preuve utile à la défense.

3. Circonstances spéciales

De prime abord (le fond n’ayant pas été débattu devant la Cour), il n’est pas du tout évident qu’une erreur judiciaire a été commise en l’espèce. La circonstance spéciale invoquée par l’avocat de la famille Smith est que le système de justice n’a pas donné suite convenablement et dans un délai raisonnable à la démarche entreprise par le défunt appelant « pour laver sa réputation » de son vivant. Aucun élément du dossier n’explique que l’appel n’ait pas été entendu au cours des neuf années qui se sont écoulées entre la déclaration de culpabilité en février 1985 et le décès en février 1994. Il ressort de la correspondance entre l’appelant et ses différents avocats, que le juge en chef Wells a examinée attentivement dans ses motifs, que M. Smith a fait tout ce qu’il pouvait pour faire progresser l’instance. Nul doute que Brian Joseph Smith méritait d’être entendu en Cour d’appel, et cette occasion ratée, de même que l’impossibilité de laver sa réputation, désolent sa famille à juste titre. Cependant, comme le juge en chef Wells l’a signalé, il n’appartient pas à une cour d’appel d’entendre ce pourvoi sur le fond pour déterminer ce qui a bien pu ralentir la procédure d’appel en l’espèce. On n’a pas allégué l’existence d’un retard systémique en ce qui a trait à l’audition des appels à Terre-Neuve-et-Labrador.

Au cœur du pourvoi se trouvent les arguments fondés sur la *Charte* concernant l’admissibilité des déclarations faites hors cour par M. Smith à la police. Les « conséquences » pour la famille Smith qui découleraient du règlement des questions de droit n’ont rien d’exceptionnel.

Aucune autre question de plus grande importance pour le public ni aucune autre conséquence accessoire du verdict ne justifient l’audition de l’appel.

4. Investment of Judicial (Court) Resources

In my view, the fact that, even if successful, the outcome of the appeal would be inconclusive is a factor that militates against its continuation. Defence counsel concedes that, on the record, the proper order would be a new trial, not an acquittal. Smith cannot be fully vindicated because the issue of guilt or innocence can never be retried. The stigma may be reduced if the conviction were set aside, which would be of some comfort to his family, but the late Brian Joseph Smith's name cannot now be fully cleared in a judicial process because his name would remain subject to the charges against him.

5. Judicial Role

There is no concern that continuation of this appeal would invade the law-making function of the legislature.

In summary, the insurmountable problem for members of the Smith family is not that continuation of the appeal would run afoul of some positive limitation on the court's jurisdiction or discretion, but that not enough can be said to differentiate this appeal from the general run of cases where an appellant has died to justify the exercise of the court's discretion in their favour. Weighing all of the factors together, some of which militate in favour of continuation of the appeal but most of which do not, the Court of Appeal properly concluded that this is not one of those "exceptional" cases in which its discretion should be exercised in favour of a continuation.

I should add a final observation. This appeal did not proceed before the Newfoundland and Labrador Court of Appeal until nine years after Smith's death. One reason for this delay, counsel explained, is that until *Jetté* was decided, he had little case law to support his argument for a continuation of the appeal. However, the same jurisprudential dilemma confronted counsel in *Jetté*, who moved expeditiously notwithstanding the mootness obstacle, and won.

4. Affectation des ressources du tribunal

Selon moi, le fait que l'issue du pourvoi, même s'il est accueilli, n'est pas concluant est un facteur qui milite contre la poursuite de l'instance. L'avocat de la défense reconnaît que, au vu du dossier, l'ordonnance qui s'imposerait est la tenue d'un nouveau procès, et non l'acquittement. M. Smith ne peut être entièrement blanchi, car la question de sa culpabilité ou de son innocence ne pourra jamais faire l'objet d'un nouveau procès. Le stigmate serait moindre si la condamnation était écartée, ce qui pourrait apporter un certain réconfort à sa famille, mais feu Brian Joseph Smith ne pourra plus laver entièrement son nom dans le cadre d'une procédure judiciaire, car son nom serait toujours lié aux accusations portées contre lui.

5. Fonction judiciaire

Il n'est pas à craindre que la poursuite de l'instance en appel empiète sur la fonction législative.

En résumé, les membres de la famille Smith sont aux prises avec une difficulté insurmontable, non pas parce que la poursuite de l'instance en appel irait à l'encontre d'une véritable restriction de la compétence ou du pouvoir discrétionnaire de la cour, mais bien parce que les faits de l'espèce ne se démarquent pas suffisamment des affaires similaires pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour en leur faveur. Soupesant ensemble tous ces facteurs, dont certains militent en faveur de la poursuite de l'instance en appel, mais dont la plupart vont dans le sens contraire, la Cour d'appel a conclu à bon droit qu'il ne s'agit pas d'un de ces cas « exceptionnels » où il faut exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel.

Je me permets une dernière observation. La Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador n'a entendu l'appel que neuf ans après le décès de M. Smith. Selon l'avocat, l'une des raisons de ce retard est qu'avant larrêt *Jetté*, il était difficile d'étayer la thèse favorable à la poursuite de l'instance en appel. Cependant, le même dilemme jurisprudentiel s'impose à l'avocat dans l'affaire *Jetté*, qui a agi avec diligence malgré l'obstacle que présente le caractère

59

60

61

62

The law seeks to promote finality. Appeals pending at an appellant's death should be proceeded with promptly. Failure to do so for an extended period (as here) could be a factor against the exercise of the court's discretion.

III. Disposition

- 63 There is no reason in this case to interfere with the discretion exercised by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal. In my view, accordingly, the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Simmonds, Kennedy, St. John's, Nfld.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, St. John's, Nfld.

Solicitor for the intervener: Ministry of the Attorney General, Toronto.

théorique, et a gagné. Le droit tend à promouvoir le principe du caractère définitif. Il faut régler sans délai l'appel en instance lors du décès de l'appelant. L'omission d'agir avec célérité, comme c'est le cas ici, pourrait militer contre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour.

III. Dispositif

En l'espèce, aucun motif ne justifie l'intervention de la Cour à l'encontre du pouvoir discrétionnaire exercé par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Simmonds, Kennedy, St. John's, T.-N.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice, St. John's, T.-N.

Procureur de l'intervenant : Ministère du Procureur général, Toronto.



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 3, 2004 Vol. 1

2004] 1 S.C.R. 411-607

3^e cahier, 2004 Vol. 1

Renvoi [2004] 1 R.C.S. 411-607

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	Legal Counsel / Conseillers juridiques	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	ARCHIBALD MCDONALD	NICOLA SUTTON
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
LEE ANN GORMAN	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
SALLY GRIFFIN	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
	IDA SMITH	
RICHARD BERBERI	Jurilinguists / Jurilinguistes	ROSALIE TO-THANH-HIEN
	CHRISTIAN C.-DESPRÉS	

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc. .456

Civil law — Professional secrecy — Lawyers — Obligation of confidentiality — Immunity from disclosure — Means of exercising professional secrecy — Content and scope of obligation of confidentiality.

Civil law — Professional secrecy — Obligation of confidentiality — Waiver — Whether questions asked during examinations on discovery violate lawyer's obligation of confidentiality — Whether professional secrecy was waived.

Evidence — Professional secrecy — Burden of proof — Whether party invoking professional secrecy has initial burden of proving that information sought is protected by obligation of confidentiality.

Gifford v. Canada411

Income tax — Income from employment — Deductions — Sales expenses — Purchase of client list — Financial advisor borrowing money to purchase colleague's client list — Whether payment to purchase client list and interest paid on borrowed funds deductible — Whether payments were "on account of capital" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 8(1)(f).

Hartshorne v. Hartshorne550

Family law — Division of property — Marriage agreement — Parties electing separate property regime in marriage agreement — Whether marriage agreement unfair — Whether judicial reapportionment should be upheld — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 65(1).

Family law — Family assets — Law practice — Wife contributing indirectly to husband's law practice through household management and childrearing — Whether law practice should be considered a family asset — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 58(3)(e), 59(2).

Family law — Maintenance — Division of property — Double recovery — Parties electing separate property regime in marriage agreement — Whether judicial reapportionment of asset constituting main source of income resulted in double recovery.

John Doe v. Bennett436

Torts — Intentional torts — Liability — Corporation sole — Sexual abuse — Boys sexually abused by priest — Whether episcopal corporation liable for priest's sexual assault of boys — Whether corporation sole's activities and liability confined to matters pertaining to property.

SOMMAIRE

Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)498

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions des commissions d'examen — Modalités des décisions — Disposition du Code criminel précisant que la décision rendue par la commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l'accusé — Ce critère s'applique-t-il aux modalités particulières faisant partie de la décision? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

Gifford c. Canada411

Impôt sur le revenu — Revenu provenant d'un emploi — Déductions — Dépenses liées aux ventes — Acquisition d'une liste de clients — Conseiller financier empruntant de l'argent pour acquérir la liste de clients d'un collègue — Le paiement versé pour l'acquisition d'une liste de clients et les intérêts payés sur les fonds empruntés sont-ils déductibles? — Les paiements ont-ils été versés « au titre du capital »? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 8(1)f.

Hartshorne c. Hartshorne550

Droit de la famille — Partage des biens — Contrat de mariage — Parties choisissant le régime de la séparation de biens dans leur contrat de mariage — Le contrat de mariage est-il inéquitable? — La redistribution judiciaire des biens doit-elle être maintenue? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 65(1).

Droit de la famille — Biens familiaux — Cabinet d'avocats — Contribution indirecte de l'épouse au fonctionnement du cabinet d'avocats de son mari grâce à la gestion du ménage et à l'éducation des enfants — Le cabinet d'avocats doit-il être considéré comme un bien familial? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 58(3)e), 59(2).

Droit de la famille — Aliments — Partage des biens — Double indemnisation — Parties choisissant le régime de la séparation de biens dans leur contrat de mariage — La redistribution judiciaire d'un bien constituant la principale source de revenu d'un conjoint a-t-elle donné lieu à une double indemnisation?

Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital528

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions des commissions d'examen — Modalités des décisions — Disposition du Code criminel précisant que la décision rendue par la commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l'accusé — Ce critère s'applique-t-il aux modalités particulières faisant partie de la décision? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

CONTENTS (Concluded)

Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Boys sexually abused by priest — Whether episcopal corporation vicariously liable for priest's sexual assault of boys.

Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General).....498

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by review board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that disposition made by review board must be "the least onerous and least restrictive to the accused" — Whether "least onerous and least restrictive" requirement applies to particular conditions forming part of disposition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital528

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by review board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that disposition made by review board must be "the least onerous and least restrictive to the accused" — Whether "least onerous and least restrictive" requirement applies to particular conditions forming part of disposition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

R. v. Cheddesingh.....433

Criminal law — Sentencing — Manslaughter — Life sentence — Accused convicted of manslaughter resulting from rape and subsequent death of 76-year-old victim — Sentencing judge characterizing offence as one of "stark horror" — Whether judge considered all relevant factors and exercised his discretion judicially in sentencing accused to life imprisonment.

Criminal law — Sentencing — Eligibility for parole — Appropriateness of parole ineligibility order.

United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City).....485

Municipal law — Bylaws — Jurisdiction to pass bylaws — Municipal bylaw regulating taxi industry by stipulating licence requirements and freezing number of licences — Proper approach to interpretation of statutes empowering municipalities — Whether bylaw ultra vires municipality under its governing legislation — Municipal Government Act, S.A. 1994, c. M-26.1, ss. 7, 8, 9.

Administrative law — Judicial review — Standard of review applicable to decision of municipality delineating its jurisdiction.

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Cheddesingh.....433

Droit criminel — Détermination de la peine — Homicide involontaire coupable — Emprisonnement à perpétuité — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable par suite du viol et du décès subséquent de la victime âgée de 76 ans — Le juge chargé de la détermination de la peine a qualifié l'infraction d'« abomination » — Le juge a-t-il considéré tous les facteurs pertinents et exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire en condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité?

Droit criminel — Détermination de la peine — Admissibilité à la libération conditionnelle — Justesse de l'ordonnance relative à la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.456

Droit civil — Secret professionnel — Avocats — Obligation de confidentialité — Immunité de divulgation — Modalités d'exercice du secret professionnel de l'avocat — Contenu et portée de l'obligation de confidentialité.

Droit civil — Secret professionnel — Obligation de confidentialité — Renonciation — Les questions posées lors de l'interrogatoire préalable violent-elles l'obligation de confidentialité de l'avocat? — Y a-t-il eu renonciation au secret professionnel?

Preuve — Secret professionnel — Fardeau de la preuve — La partie qui invoque le secret professionnel a-t-elle le fardeau de preuve initial de démontrer que l'information recherchée est protégée par l'obligation de confidentialité?

United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)485

Droit municipal — Règlements — Compétence en matière d'adoption de règlement — Règlement municipal régissant le secteur des taxis en prévoyant des exigences en matière de permis et le gel du nombre de permis — Démarche à adopter pour l'interprétation des lois habilitant les municipalités — Le règlement outrepasse-t-il la compétence conférée à la municipalité par la loi habilitante? — Municipal Government Act, S.A. 1994, ch. M-26.1, art. 7, 8, 9.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision de la municipalité de définir sa compétence.

Untel c. Bennett436

Délits civils — Délits intentionnels — Responsabilité — Personne morale simple — Agressions sexuelles — Jeunes

SOMMAIRE (Fin)

garçons agressés sexuellement par un prêtre — La corporation épiscopale est-elle responsable des agressions sexuelles commises par le prêtre contre les jeunes garçons? — Les activités de la personne morale simple et sa responsabilité se limitent-elles aux opérations touchant ses biens?

Délits civils — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Aggressions sexuelles — Jeunes garçons agressés sexuellement par un prêtre — La corporation épiscopale est-elle responsable du fait d'autrui à l'égard des agressions sexuelles commises par le prêtre contre les jeunes garçons?

Thomas Gifford *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Canadian Bankers Association *Intervener*

INDEXED AS: GIFFORD v. CANADA

Neutral citation: 2004 SCC 15.

File No.: 29416.

2003: November 14; 2004: March 4.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Arbour, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Income from employment — Deductions — Sales expenses — Purchase of client list — Financial advisor borrowing money to purchase colleague's client list — Whether payment to purchase client list and interest paid on borrowed funds deductible — Whether payments were "on account of capital" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. I (5th Supp.), s. 8(1)(f).

The appellant and B worked as financial advisors in an investment firm. When B decided to leave the firm, the appellant borrowed \$100,000 to purchase B's client list. They entered into an agreement whereby B agreed to provide a written endorsement of the appellant to each client identified on a client list and direct the firm to transfer those clients to the appellant. B also agreed to a 30-month non-compete clause and agreed not to provide material information about the clients on the list to anyone without the appellant's consent. The question is whether the appellant could, for tax purposes, deduct from his income either the purchase price or the interest paid on the money he borrowed to make the purchase. The Minister of National Revenue denied the appellant's claim for a deduction. The Tax Court of Canada allowed both expenditures to be deducted but the Federal Court of Appeal set aside the decision.

Thomas Gifford *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Association des banquiers canadiens *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : GIFFORD c. CANADA

Référence neutre : 2004 CSC 15.

Nº du greffe : 29416.

2003 : 14 novembre; 2004 : 4 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Revenu provenant d'un emploi — Déductions — Dépenses liées aux ventes — Acquisition d'une liste de clients — Conseiller financier empruntant de l'argent pour acquérir la liste de clients d'un collègue — Le paiement versé pour l'acquisition d'une liste de clients et les intérêts payés sur les fonds empruntés sont-ils déductibles? — Les paiements ont-ils été versés « au titre du capital »? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. I (5^e suppl.), art. 8(1)f.

L'appelant et B travaillaient comme conseillers financiers pour une société d'investissement. Lorsque B avait décidé de quitter la société, l'appelant a emprunté 100 000 \$ pour acquérir sa liste de clients. Ils ont conclu une convention par laquelle B s'engageait à faire savoir par écrit à chacun de ses clients inscrits sur la liste de clients qu'il appuyait l'appelant et à demander à la société de transférer ses clients à ce dernier. B a en outre consenti à une clause de non-concurrence pendant 30 mois et s'est engagé à ne pas fournir à qui que ce soit des renseignements importants concernant ces clients, sans le consentement de l'appelant. L'objet du pourvoi est de savoir si, pour le calcul de l'impôt, l'appelant peut déduire de son revenu soit le prix d'achat de la liste, soit les intérêts qu'il a versés sur de l'argent emprunté pour l'acquisition. Le ministre du Revenu national a refusé la demande de déduction de l'appelant. La Cour canadienne de l'impôt a admis la déduction de ces deux dépenses, mais cette décision est par la suite infirmée par la Cour d'appel fédérale.

Held: The appeal should be dismissed.

The agreement to pay \$100,000 to purchase accumulated goodwill and the agreement not to compete were made to create an enduring benefit for the appellant. The payment for this asset was a payment "on account of capital" and s. 8(1)(f)(v) of the *Income Tax Act* prevents a deduction from being made for such an expense. Under the tests outlined in *Johns-Manville*, the client list was a capital asset: (1) it significantly expanded the appellant's client network, the structure within which he earned his employment income; (2) the purchase of someone else's accumulated goodwill is not the same as the recurring marketing expenses the appellant would have had to incur to create his own goodwill; (3) the payment secured the discontinuance of competition; and (4) it was a payment made with the intention of securing an asset of enduring benefit that would provide the appellant with a lasting advantage. The fact that the transaction occurred between two employees instead of two businesses does not, by itself, change the characterization of the transaction or cause the earlier client list cases to be ignored.

The interest payment in this case is also a payment "on account of capital", because the funds borrowed to make the payment to B themselves added to the financial capital of the appellant and as such are expressly denied deductibility under s. 8(1)(f)(v) of the Act. When determining the deductibility of interest, the important question is not whether the payment is a capital expenditure but whether it is "on account of capital". This distinction is particularly important in relation to interest payments because, unlike other capital assets, loan proceeds are seldom retained in the form they are received. This distinction means that under the *Income Tax Act* it is only necessary in each case to consider what the proceeds of the loan are to the borrower when they are received, and does not require an examination of what those loan proceeds are spent on. If, as here, the money adds to the financial capital, then the payment of interest on that loan will be considered to be a payment "on account of capital". In circumstances where interest is not a payment "on account of capital", it may be deducted as long as it meets the other requirements, such as those set out in s. 8(1)(f) or s. 18(1)(a), and is not precluded by some other section of the Act.

The costs in the courts below are confirmed and the appellant is awarded his reasonable and proper costs in this Court.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La convention visant le paiement de 100 000 \$ pour l'acquisition d'un achalandage qui s'est développé au fil des ans et l'engagement de non-concurrence avaient pour but de conférer à l'appelant un avantage durable. Le paiement pour cet actif constitue un paiement « au titre du capital » et le sous-al. 8(1)f(v) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit la déduction d'une telle dépense. Selon les critères énoncés dans *Johns-Manville*, la liste de clients constitue une immobilisation : (1) elle élargit considérablement le réseau de clients de l'appelant, la structure dans le cadre de laquelle il touche son revenu d'emploi; (2) l'achat de l'achalandage dont une autre personne s'est progressivement doté n'équivaut pas aux frais de commercialisation récurrents que l'appelant aurait eu à engager pour créer son propre achalandage; (3) le paiement l'assurait également de la cessation de la concurrence; (4) il s'agissait d'un paiement visant l'obtention d'un actif qui procurerait à l'appelant un avantage durable. Le fait que la transaction soit intervenue entre deux employés plutôt qu'entre deux entreprises n'en modifie pas la qualification, ni ne justifie qu'on écartere la jurisprudence antérieure relative aux listes de clients.

En l'occurrence, le paiement d'intérêts constitue en outre un paiement « au titre du capital » parce que les fonds empruntés pour payer B se sont ajoutés au capital financier de l'appelant et le sous-al. 8(1)f(v) de la Loi interdit expressément leur déduction à ce titre. Pour la détermination de la déductibilité de l'intérêt, l'important n'est pas de savoir si le paiement est une dépense en capital, mais bien s'il a été versé « au titre du capital ». Cette distinction se révèle particulièrement importante quant aux paiements d'intérêts, car, contrairement aux autres immobilisations, l'emprunt conserve rarement la forme sous laquelle il est reçu. Elle signifie que, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut dans chaque cas considérer uniquement ce que l'emprunt représente pour l'emprunteur au moment où il l'obtient, sans avoir à examiner la façon dont il est dépensé. Si, comme en l'espèce, l'argent s'ajoute au capital financier, le paiement d'intérêts effectué à l'égard de cet emprunt sera alors considéré comme un paiement « au titre du capital ». Lorsque les intérêts ne représentent pas un paiement « au titre du capital », ils peuvent être déduits dans la mesure où ils satisfont aux autres exigences, comme celles énoncées aux al. 8(1)f ou 18(1)a), et sauf disposition contraire de la Loi.

Les dépens accordés par les tribunaux d'instance inférieure sont confirmés et l'appelant a droit au paiement des frais raisonnables et convenables qu'il a engagés devant cette Cour.

Cases Cited

Applied: *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; **considered:** *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Tenant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; **referred to:** *Wharf Properties Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue*, [1997] 2 W.L.R. 334; *Cumberland Investments Ltd. v. The Queen*, [1975] C.T.C. 439; *The Queen v. Farquhar Bethune Insurance Ltd.*, [1982] C.T.C. 282; *Bennett & White Construction Co. v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 287; *Steele v. Deputy Commissioner of Taxation* (1999), 161 A.L.R. 201.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 8(1)(f) [am. 1994, c. 7, Sched. II, s. 5(1)], (j) [*idem*, ss. 5(4), 5(5)], (2), 9(1), 18(1)(a), (b), 20(1)(a), (b), (c) [*idem*, s. 15(1)].

Tax Court of Canada Act, R.S.C. 1985, c. T-2, ss. 18, 18.25 [ad. c. 51 (4th Supp.), s. 5].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2002), 293 N.R. 111, [2002] 4 C.T.C. 64, 2002 D.T.C. 7197, [2002] F.C.J. No. 1127 (QL), 2002 FCA 301, quashing a decision of the Tax Court of Canada, [2001] 2 C.T.C. 2162, 2001 D.T.C. 168, [2001] T.C.J. No. 100 (QL), and confirming the assessment of the Minister of National Revenue. Appeal dismissed.

Michael Templeton and *Richard Thomas*, for the appellant.

Gordon Bourgard and *Wendy Burnham*, for the respondent.

Al Meghji and *Mahmud Jamal*, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The appellant, Thomas Gifford, a financial advisor and employee of Midland Walwyn Capital Inc. (“Midland Walwyn”), borrowed \$100,000 to purchase the list of Mr. Bentley’s clients. Bentley was a fellow financial advisor who was leaving the firm. The question is whether the appellant could, for tax purposes, deduct from his

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; **arrêts examinés :** *Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Tenant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; **arrêts mentionnés :** *Wharf Properties Ltd. c. Commissioner of Inland Revenue*, [1997] 2 W.L.R. 334; *Cumberland Investments Ltd. c. Canada (M.R.N.)*, [1975] A.C.F. no 511 (QL); *Canada c. Farquhar Bethune Insurance Ltd.*, [1982] A.C.F. no 601 (QL); *Bennett & White Construction Co. c. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 287; *Steele c. Deputy Commissioner of Taxation* (1999), 161 A.L.R. 201.

Lois et règlements cités

Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 8(1)f) [mod. 1994, ch. 7, ann. II, art. 5(1)], j) [*idem*, art. 5(4), 5(5)], (2), 9(1), 18(1)a), b), 20(1)a), b), c) [*idem*, art. 15(1)].

Loi sur la Cour canadienne de l’impôt, L.R.C. 1985, ch. T-2, art. 18, 18.25 [aj. ch. 51 (4^e suppl.), art. 5].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (2002), 293 N.R. 111, [2002] 4 C.T.C. 64, 2002 D.T.C. 7197, [2002] A.C.F. no 1127 (QL), 2002 CAF 301, qui a infirmé une décision de la Cour canadienne de l’impôt, [2001] 2 C.T.C. 2162, 2001 D.T.C. 168, [2001] A.C.I. no 100 (QL), et qui a confirmé l’évaluation du ministre du Revenu national. Pourvoi rejeté.

Michael Templeton et *Richard Thomas*, pour l’appellant.

Gordon Bourgard et *Wendy Burnham*, pour l’intimée.

Al Meghji et *Mahmud Jamal*, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L’appellant, Thomas Gifford, conseiller financier et employé de Midland Walwyn Capital Inc. (« Midland Walwyn »), a emprunté 100 000 \$ pour acquérir la liste de clients de M. Bentley, son collègue de travail. M. Bentley, lui aussi conseiller financier, quittait la société. L’objet du pourvoi est de savoir si, pour le calcul de l’impôt,

income either the purchase price or the interest paid on the money he borrowed to make the purchase. Neither of these amounts are deductible, as both were payments "on account of capital" which are expressly denied deductibility under s. 8(1)(f)(v) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (the "Act"). I would dismiss the appeal.

I. Factual Background

- 2 The appellant and Bentley were employees of Midland Walwyn in North Bay, Ontario. They worked as financial advisors, each dealing with their own clients.
- 3 Bentley decided to leave the firm and the appellant entered into an agreement with him on December 10, 1995 titled "Agreement to Purchase Client Base of Financial Advisor" (the "Agreement"), whereby Bentley agreed to provide a written endorsement of the appellant to each client identified on a client list and direct Midland Walwyn to transfer those clients to the appellant. Bentley also agreed to a non-compete clause which, in general terms, precluded him from providing retail securities investment advice to those clients for a period of 30 months, nor could he provide material information about the clients on the list to anyone without the appellant's consent.
- 4 In exchange, the appellant paid Mr. Bentley \$90,000 on closing and a further \$10,000 on April 8, 1996. The hold back of \$10,000 was subject to reduction according to a formula in the Agreement if the total amount invested by the clients on the list decreased.
- 5 The employer Midland Walwyn's primary consideration was keeping the clients at the firm. The branch manager facilitated the Agreement and transferred the clients to the appellant. Evidence was given that in the absence of the Agreement the appellant would probably only have acquired about one quarter of Mr. Bentley's clients with the rest distributed to other financial advisors in the firm.

l'appelant peut déduire de son revenu soit le prix d'achat de la liste, soit les intérêts qu'il a versés sur de l'argent emprunté pour l'acquisition. Aucune de ces sommes n'est déductible, toutes deux étant des paiements « au titre du capital » dont la déductibilité est expressément exclue sous le régime du sous-al. 8(1)f(v) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (la « Loi »). Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

L'appelant et M. Bentley étaient des employés de Midland Walwyn, à North Bay (Ontario). Ils agissaient à titre de conseiller financier; chacun d'entre eux possédait ses propres clients.

Comme M. Bentley avait décidé de quitter la société, l'appelant a, le 10 décembre 1995, conclu avec lui une [TRADUCTION] « Convention d'achat de clientèle de conseiller financier » (la « Convention »), en vertu de laquelle M. Bentley s'engageait à faire savoir par écrit à chacun de ses clients inscrits sur la liste de clients qu'il appuyait l'appelant et à demander à Midland Walwyn de transférer à ce dernier leurs dossiers. M. Bentley a en outre consenti à une clause de non-concurrence en vertu de laquelle il lui était généralement interdit de donner à ces clients des conseils en matière d'investissements mobiliers individuels pendant 30 mois, ou de fournir à quiconque des renseignements importants les concernant, sans le consentement de l'appelant.

En contrepartie, l'appelant a versé à M. Bentley 90 000 \$ à la date de clôture du contrat, puis une somme additionnelle de 10 000 \$ le 8 avril 1996. La retenue de 10 000 \$ était assujettie à une réduction, selon une formule prévue dans la Convention, si le montant total investi par les clients figurant sur la liste devait diminuer.

Le souci premier de l'employeur, Midland Walwyn, était de conserver ses clients. Le gérant de la succursale a facilité la Convention et a transféré les dossiers des clients à l'appelant. Selon la preuve, n'eût été la Convention, l'appelant n'aurait probablement obtenu qu'environ un quart des clients de M. Bentley, les autres clients étant confiés aux autres conseillers financiers de la société.

The appellant's claim for a deduction was denied by the Minister of National Revenue. The appellant appealed to the Tax Court of Canada under the informal procedure outlined in s. 18 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. T-2. Bowman A.C.J.T.C. summarized the appellant's claim to the Minister for a deduction:

In filing his return of income the appellant deducted \$13,258.07, which he claimed represented depreciation of goodwill (\$5,250) and interest and insurance expense (\$8,008.07). The Minister disallowed this amount on the basis that no provision allowed the appellant to deduct an amount as depreciation of goodwill or interest for the purchase of a customer list.

([2001] 2 C.T.C. 2162, at para. 5)

At the Tax Court the appellant shifted his submission and claimed that the payment to Bentley was a current marketing expense made for the purposes of obtaining clients, and that the interest should be deductible as a current expense. Bowman A.C.J.T.C. allowed both expenditures to be deducted and this decision was subsequently reversed by the Federal Court of Appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

While this appeal can be decided solely on s. 8, the rationale for the decision is aided by the reference to portions of ss. 9, 18 and 20 of the Act which, for convenience, are reproduced below.

8. (1) In computing a taxpayer's income for a taxation year from an office or employment, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(f) where the taxpayer was employed in the year in connection with the selling of property or negotiating of contracts for the taxpayer's employer, and

6

Le ministre du Revenu national a refusé la demande de déduction de l'appelant. Ce dernier a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt selon la procédure informelle prévue à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. 1985, ch. T-2. Le juge en chef adjoint Bowman a résumé la demande de déduction que l'appelant avait présentée au ministre :

Dans sa déclaration de revenus, l'appelant avait déduit un montant de 13 258,07 \$ représentant selon lui un amortissement de survaleur (5 250 \$) ainsi que des frais d'intérêts et des frais d'assurances (8 008,07 \$). Le ministre n'a pas admis ce montant au motif qu'aucune disposition législative ne permettait à l'appelant de déduire un montant au titre de l'amortissement de survaleur ou de frais d'intérêts pour l'achat d'une liste de clients.

([2001] A.C.I. n° 100 (QL), par. 5)

Devant la Cour de l'impôt, l'appelant a modifié sa prétention en alléguant plutôt que le paiement versé à M. Bentley représentait les frais de commercialisation courants qu'il a engagés pour obtenir des clients et que les intérêts devaient être déductibles à titre de dépense courante. Le juge en chef adjoint Bowman a admis la déduction de ces deux dépenses; cette décision est par la suite infirmée par la Cour d'appel fédérale.

II. Dispositions législatives pertinentes

7

Bien que le présent pourvoi puisse être tranché uniquement au regard de l'art. 8, la décision s'appuie aussi sur certains passages des art. 9, 18 et 20 de la Loi, que je reproduis ici par souci de commodité.

8. (1) Sont déductibles dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi ceux des éléments suivants qui se rapportent entièrement à cette source de revenus, ou la partie des éléments suivants qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant :

f) lorsque le contribuable a été, au cours de l'année, employé pour remplir des fonctions liées à la vente de biens ou à la négociation de contrats pour son employeur, et lorsque, à la fois :

- (i) under the contract of employment was required to pay the taxpayer's own expenses,
- (ii) was ordinarily required to carry on the duties of the employment away from the employer's place of business,
- (iii) was remunerated in whole or part by commissions or other similar amounts fixed by reference to the volume of the sales made or the contracts negotiated, and
- (iv) was not in receipt of an allowance for travel expenses in respect of the taxation year that was, by virtue of subparagraph 6(1)(b)(v), not included in computing the taxpayer's income, amounts expended by the taxpayer in the year for the purpose of earning the income from the employment (not exceeding the commissions or other similar amounts referred to in subparagraph (iii) and received by the taxpayer in the year) to the extent that those amounts were not
- (v) outlays, losses or replacements of capital or payments on account of capital, except as described in paragraph (j),
- (j) where a deduction may be made under paragraph (f), (h) or (h.1) in computing the taxpayer's income from an office or employment for a taxation year,
- (i) any interest paid by the taxpayer in the year on borrowed money used for the purpose of acquiring, or on an amount payable for the acquisition of, property that is
- (A) a motor vehicle that is used, or
- (B) an aircraft that is required for use in the performance of the duties of the taxpayer's office or employment, and
- (ii) such part, if any, of the capital cost to the taxpayer of
- (A) a motor vehicle that is used, or
- (B) an aircraft that is required for use in the performance of the duties of the office or employment as is allowed by regulation;
- (i) il était tenu, en vertu de son contrat, d'acquitter ses propres dépenses,
- (ii) il était habituellement tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu d'affaires de son employeur,
- (iii) sa rémunération consistait en tout ou en partie en commissions ou autres rétributions semblables fixées par rapport au volume des ventes effectuées ou aux contrats négociés,
- (iv) il ne recevait pas, relativement à l'année d'imposition, une allocation pour frais de déplacement qui, en vertu du sous-alinéa 6(1)b)(v), n'était pas incluse dans le calcul de son revenu, les sommes qu'il a dépensées au cours de l'année pour gagner le revenu provenant de son emploi (jusqu'à concurrence des commissions ou autres rétributions semblables fixées de la manière prévue au sous-alinéa (iii) et reçues par lui au cours de l'année) dans la mesure où ces sommes n'étaient pas :
- (v) des dépenses, des pertes ou des remplacements de capital ou des paiements au titre du capital, exception faite du cas prévu à l'alinéa j),
- (j) lorsqu'un montant est déductible en application des alinéas f), h) ou h.1) dans le calcul du revenu que le contribuable tire d'une charge ou d'un emploi pour une année d'imposition :
- (i) les intérêts payés par le contribuable au cours de l'année soit sur de l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un véhicule à moteur utilisé dans l'exercice des fonctions de sa charge ou de son emploi ou un aéronef nécessaire à cet exercice, soit sur un montant payable pour l'acquisition d'un tel véhicule ou aéronef,
- (ii) la déduction pour amortissement pour le contribuable, autorisée par règlement, applicable, selon le cas :
- (A) à un véhicule à moteur utilisé dans l'exercice des fonctions de sa charge ou de son emploi,
- (B) à un aéronef qui est nécessaire à l'exercice de ces fonctions;

(2) Except as permitted by this section, no deductions shall be made in computing a taxpayer's income for a taxation year from an office or employment.

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is the taxpayer's profit from that business or property for the year.

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part;

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation;

(b) such amount as the taxpayer may claim in respect of a business, not exceeding 7% of the taxpayer's cumulative eligible capital in respect of the business at the end of the year;

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending on the method regularly followed by the taxpayer in computing the taxpayer's income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(2) Seuls les montants prévus au présent article sont déductibles dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi.

9. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :

a) les dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou du bien;

b) une dépense en capital, une perte en capital ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente partie;

20. (1) Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant :

a) la partie du coût en capital des biens supporté par le contribuable ou le montant au titre de ce coût ainsi supporté que le règlement autorise;

b) la somme qu'un contribuable peut déduire au titre d'une entreprise, mais ne dépassant pas les 7 % du montant cumulatif des immobilisations admissibles au titre de l'entreprise à la fin de l'année;

c) la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur :

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

(ii) an amount payable for property acquired for the purpose of gaining or producing income from the property or for the purpose of gaining or producing income from a business (other than property the income from which would be exempt or property that is an interest in a life insurance policy),

(iii) an amount paid to the taxpayer under

(A) an appropriation Act and on terms and conditions approved by the Treasury Board for the purpose of advancing or sustaining the technological capability of Canadian manufacturing or other industry, or

(B) the *Northern Mineral Exploration Assistance Regulations* made under an appropriation Act that provides for payments in respect of the Northern Mineral Grants Program, or

(iv) borrowed money used to acquire an interest in an annuity contract in respect of which section 12.2 applies (or would apply if the contract had an anniversary day in the year at a time when the taxpayer held the interest) except that, where annuity payments have begun under the contract in a preceding taxation year, the amount of interest paid or payable in the year shall not be deducted to the extent that it exceeds the amount included under section 12.2 in computing the taxpayer's income for the year in respect of the taxpayer's interest in the contract,

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser; [Emphasis added.]

III. Judicial History

A. Tax Court of Canada, [2001] 2 C.T.C. 2162

8

Bowman A.C.J.T.C., the trial judge at the Tax Court of Canada, distinguished earlier cases that characterized the purchase of client lists as a capital expense. He found Bentley did not have a client list to sell because the clients belonged to Midland Walwyn. He considered the tests summarized by this Court in *Johns-Manville Canada Inc. v. The*

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie),

(ii) une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise (à l'exception d'un bien dont le revenu serait exonéré ou à l'exception d'un bien représentant un intérêt dans une police d'assurance-vie),

(iii) une somme payée au contribuable :

(A) en vertu d'une loi de crédits et selon les modalités approuvées par le Conseil du Trésor en vue de relever ou de maintenir le niveau de compétence technologique des industries manufacturières canadiennes ou d'autres industries canadiennes,

(B) en vertu des *Règlements sur l'aide à l'exploration minière dans le Nord*, pris en vertu d'une loi de crédits qui prévoit les paiements à effectuer relativement au Programme de subventions visant les minéraux dans le Nord,

(iv) de l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un intérêt dans un contrat de rente auquel l'article 12.2 s'applique, ou s'appliquerait si le jour anniversaire du contrat tombait dans l'année à un moment où le contribuable détient l'intérêt; toutefois, lorsque la rente a commencé à être versée aux termes du contrat au cours d'une année d'imposition antérieure, les intérêts payés ou payables au cours de l'année ne sont pas déduits dans la mesure où ils dépassent le montant inclus en application de l'article 12.2 dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année quant à son intérêt dans le contrat; [Je souligne.]

III. Historique des procédures judiciaires

A. Cour canadienne de l'impôt, [2001] A.C.I. n° 100 (QL)

Le juge en chef adjoint Bowman, siégeant en première instance à la Cour canadienne de l'impôt, établit une distinction d'avec les décisions antérieures assimilant l'achat de listes de clients à une dépense en capital. Il estime que M. Bentley n'a pas de liste de clients à vendre puisque les clients sont ceux de Midland Walwyn. Il examine les critères

Queen, [1985] 2 S.C.R. 46, and concluded the payment to Bentley was a current expense. Bowman A.C.J.T.C. also found the interest payment was a current expense because: (a) it was used to secure a loan for the payment to Bentley, which he had found to be a current expense; (b) nothing about interest makes it inherently a current or capital expense; (c) this Court had not conclusively decided interest was either a current or a capital expense; and (d) s. 8(1)(j) did not completely occupy the field of interest deductibility by an employee. He classified the interest payment as a current expense under s. 8(1)(f).

B. *Federal Court of Appeal*, [2002] 4 C.T.C. 64, 2002 FCA 301

Rothstein J.A., in reversing the Tax Court decision, held the simple lack of a proprietary interest in the list did not preclude the application of previous client list cases. Applying those cases and the tests from *Johns-Manville*, *supra*, he found the payment to Bentley to be a capital expense. On the question of interest deductibility, Rothstein J.A. determined that he was prevented from finding interest a current expense for two reasons: (1) earlier decisions of this Court had held that interest was always a capital expense; and (2) the Act was a complete code on the deductibility of interest. His conclusion was that if it were not for these two reasons then, as a matter of logic, he would have agreed the interest payment was a current expense in accordance with the test used by the Privy Council in *Wharf Properties Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue*, [1997] 2 W.L.R. 334.

IV. Issues

This appeal raises the following issues:

1. Was the payment to Bentley a current expense deductible under s. 8(1)(f) or a payment on account of capital precluded from deduction by s. 8(1)(f)(v)?

résumés par la Cour dans *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, et conclut que le paiement versé à M. Bentley constitue une dépense courante. De plus, il statue que le paiement d'intérêts représente une dépense courante pour les raisons suivantes : a) il vise l'obtention d'un prêt pour le paiement versé à M. Bentley, lequel paiement est, selon lui, une dépense courante; b) rien ne permet de dire que les intérêts constituent intrinsèquement une dépense courante ou une dépense en capital; c) la Cour n'a pas décidé de manière définitive si les intérêts représentent une dépense courante ou une dépense en capital; d) l'al. 8(1)j) ne règle pas entièrement la question de la déductibilité des intérêts dans le cas d'employés. Le juge qualifie le paiement d'intérêts de dépense courante au sens de l'al. 8(1)f).

B. *Cour d'appel fédérale*, [2002] A.C.F. n° 1127 (QL), 2002 CAF 301

Infirmant la décision de la Cour de l'impôt, le juge Rothstein statue que la simple absence d'un droit de propriété à l'égard de la liste n'empêche pas l'application des décisions antérieures relatives aux listes de clients. Appliquant ces décisions et les critères tirés de *Johns-Manville*, précité, il conclut que le paiement versé à M. Bentley constitue une dépense en capital. Sur la question de la déductibilité des intérêts, le juge Rothstein indique qu'il ne peut conclure à une dépense courante pour deux raisons : (1) les décisions antérieures de la Cour ont établi que les intérêts doivent toujours être traités comme une dépense en capital; (2) la Loi est un code exhaustif sur la déductibilité des intérêts. N'eussent été ces deux raisons, il aurait convenu que le paiement d'intérêts représente en toute logique une dépense courante selon le critère utilisé par le Conseil privé dans *Wharf Properties Ltd. c. Commissioner of Inland Revenue*, [1997] 2 W.L.R. 334.

IV. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions :

1. Le paiement versé à M. Bentley constitue-t-il une dépense courante déductible en vertu de l'al. 8(1)f) ou un paiement au titre du capital dont la déduction est exclue par le sous-al. 8(1)f)(v)?

2. Was the interest Mr. Gifford paid on the borrowed funds a current expense deductible under s. 8(1)(f) or a payment on account of capital precluded from deduction by s. 8(1)(f)(v)?

V. Analysis

- 11 Before turning to the specific issues raised by this appeal, it is useful to review the general scheme for allowing deductions under the Act. The appellant taxpayer here earned income from employment and under the Act could only make deductions, as a result of s. 8(2), if the deduction was expressly allowed under s. 8.
- 12 If an employee meets the requirements of s. 8(1)(f)(i) to (iv), he is then allowed to deduct any expense made for the purpose of "earning the income from the employment". If the expense is a payment "on account of capital", s. 8(1)(f)(v) removes it from the scope of expenses that can be deducted.
- 13 When the source of income is a business or property as opposed to employment, the scope of available deductions is much broader because s. 9 states that the taxpayer's income will be the profit from the business or property. In calculating the profit from a business or property a taxpayer can make deductions in accordance with generally accepted accounting principles unless precluded by some other section of the Act. Sections 18(1)(a) and (b) are similar to the portions of s. 8(1)(f) that act as general limits on what can be deducted. Section 18(1)(a) states that only those expenses incurred for the purpose of gaining or producing income from a business or property can be deducted, and s. 18(1)(b) uses similar language as s. 8(1)(f)(v) to, among other things, preclude deductions of payments "on account of capital".
- 14 While the general rules are similar, the exceptions create differences in the ability of taxpayers who earn their income from employment as opposed to from business or property to claim deductions in what appear to be similar circumstances.

2. Les intérêts payés par M. Gifford sur les fonds empruntés constituent-ils une dépense courante déductible en vertu de l'al. 8(1)f) ou un paiement au titre du capital dont la déduction est exclue par le sous-al. 8(1)f)(v)?

V. Analyse

Avant d'aborder les questions particulières que pose le présent pourvoi, il est utile d'examiner le régime général des déductions permises par la Loi. Le contribuable appelant en l'espèce a tiré son revenu de son emploi et ne peut donc se prévaloir des déductions en application de la Loi que si l'art. 8 le permet expressément, ainsi que le prévoit le par. 8(2).

L'employé qui satisfait aux exigences des sous-al. 8(1)f)(i) à (iv) peut déduire toute dépense engagée « pour gagner le revenu provenant de son emploi ». La dépense constituant un paiement « au titre du capital » est, en vertu du sous-al. 8(1)f)(v), exclue de la gamme des dépenses admissibles à la déduction.

Lorsque le contribuable tire son revenu d'une entreprise ou d'un bien, et non d'un emploi, la gamme des déductions admissibles est beaucoup plus large, car l'art. 9 prévoit que le revenu du contribuable correspond au bénéfice qu'il en obtient. Pour le calcul du bénéfice provenant d'une entreprise ou d'un bien, le contribuable peut réclamer des déductions conformément aux principes comptables généralement reconnus, sauf disposition contraire de la Loi. Les alinéas 18(1)a) et b) sont semblables aux passages de l'al. 8(1)f) qui servent à circonscrire de manière générale les déductions permises. L'alinéa 18(1)a) dispose que seules sont déductibles les dépenses engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, et l'al. 18(1)b) — dont le libellé est similaire à celui du sous-al. 8(1)f)(v) — exclut notamment la déduction des paiements « au titre de capital ».

En dépit de la similarité des règles générales, les exceptions créent des différences quant à la capacité des contribuables qui tirent leur revenu de leur emploi et non d'une entreprise ou d'un bien de se prévaloir des déductions dans des circonstances en apparence similaires.

If an employee otherwise meets the requirements of s. 8(1)(f) but is prohibited from making a deduction because the expense is a payment “on account of capital” within s. 8(1)(f)(v), the only exception provided by the Act is s. 8(1)(j). This section allows for the deduction of payments on account of capital where the item purchased is either a motor vehicle or an aircraft in a manner similar to the capital cost allowance deduction under s. 20(1)(a) discussed below. The employee taxpayer is also allowed to deduct the interest paid on money borrowed to purchase either of these items.

In contrast, a taxpayer earning income from business or property may be able to deduct expenses that fall within s. 18(1)(b) pursuant to a number of exceptions in the Act. Two of the more common exceptions are in s. 20(1)(a) and (b). Section 20(1)(a) allows a portion of the capital cost of certain property to be deducted from this income, if the regulations provide for a capital cost allowance in relation to that type of property. Section 20(1)(b) provides a similar deduction for expenditures to purchase certain intangible capital assets, such as goodwill. Section 20(1)(c) is a specific provision that allows interest to be deducted when it is paid on money borrowed for certain purposes.

That employees are treated differently than taxpayers earning income from business or property under the Act is not novel nor readily seen as fair. It has resulted in significant litigation when taxpayers attempted, with limited success, to cast themselves as independent business owners as opposed to employees to attempt to get the advantage of the more favourable deductions.

If the payment to Bentley or the interest payment are payments “on account of capital”, the appellant, as an employee, will not be able to make any deductions from his income for these expenses. Conversely, if the appellant was earning income from a business and not from employment, he would likely be able to deduct both these payments

Dans le cas de l’employé qui autrement remplit les exigences de l’al. 8(1)f) sans toutefois être autorisé à demander une déduction parce que la dépense constitue un paiement « au titre du capital » au sens du sous-al. 8(1)f)(v), la seule exception prévue par la Loi se trouve à l’al. 8(1)j). Cet alinéa permet la déduction des paiements au titre du capital lorsqu’il s’agit de l’acquisition d’un véhicule à moteur ou d’un aéronef, comme pour la déduction pour amortissement sous le régime de l’al. 20(1)a), comme nous allons le voir ci-dessous. Il est également permis au contribuable employé de déduire les intérêts payés sur de l’argent emprunté pour l’acquisition de l’un ou l’autre de ces articles.

En revanche, le contribuable qui tire un revenu d’une entreprise ou d’un bien peut être autorisé à déduire les dépenses visées à l’al. 18(1)b) grâce à un certain nombre d’exceptions prévues dans la Loi. Deux des exceptions les plus fréquemment utilisées se trouvent aux al. 20(1)a) et b). L’alinéa 20(1)a) permet de déduire de ce revenu une partie du coût en capital de certains biens, si la déduction pour amortissement est prévue par règlement à l’égard de ce type de bien. L’alinéa 20(1)b) prévoit une déduction similaire pour les dépenses engagées pour l’acquisition d’immobilisations incorporelles, tel que l’achalandage. L’alinéa 20(1)c) est une disposition particulière permettant la déduction des intérêts payés sur de l’argent emprunté à certaines fins.

Le fait que, sous le régime de la Loi, les employés soient traités différemment des contribuables tirant un revenu d’une entreprise ou d’un bien n’a rien de nouveau ni d’équitable à première vue. Il a donné lieu à de nombreux litiges lorsque des contribuables ont tenté, parfois en vain, de se donner le statut d’entrepreneurs indépendants, plutôt que celui d’employés, pour bénéficier des déductions plus favorables.

Si le paiement versé à M. Bentley ou le paiement d’intérêts constituent des paiements « au titre du capital », l’appelant, en tant qu’employé, ne pourra déduire de son revenu aucune de ces dépenses. Par contre, s’il tirait un revenu de son entreprise et non de son emploi, il lui serait vraisemblablement permis de déduire ces deux paiements dans le calcul

15

16

17

18

in calculating his profit for the year. This seemingly inequitable result for the appellant is the result of the structure of the Act but cannot alter the characterization of these payments.

A. *The Payment to Mr. Bentley*

19

I agree with Rothstein J.A. that the purchase of client lists was not a new consideration, and that the facts of this case did not distinguish it from the earlier cases, making this a payment on account of capital, contrary to Bowman A.C.J.T.C.'s finding at trial. The leading cases on characterizing the purchase of client lists are *Cumberland Investments Ltd. v. The Queen*, [1975] C.T.C. 439 (F.C.A.), and *The Queen v. Farquhar Bethune Insurance Ltd.*, [1982] C.T.C. 282 (F.C.A.). In addition to the specific cases dealing with client lists, a leading authority on whether an expense is a current expense or a payment on account of capital is *Johns-Manville*, *supra*. Rothstein J.A. found, and I agree, the tests in *Johns-Manville* support the finding that the payment was "on account of capital".

20

What Bentley had to sell was goodwill, developed over years of dealing with his clients, and the agreement not to compete with the appellant. The appellant was interested in Bentley's relationship with his clients and not just the names on the list. The Agreement required Bentley to provide written endorsements of the appellant to a specific group of clients and not to compete for them for 30 months. If the appellant only wanted access to the names of the clients he theoretically would not have needed to involve Bentley at all and could have dealt directly with Midland Walwyn. The fact that the transaction occurred between two employees instead of two businesses does not, by itself, change the characterization of the transaction or cause the earlier client list cases to be ignored.

21

Under the tests outlined in *Johns-Manville*, *supra*, the client list was a capital asset for a number of reasons. It significantly expanded Mr. Gifford's

de son bénéfice pour l'année. Ce résultat à première vue inéquitable à l'égard de l'appelant s'explique par la structure de la Loi mais ne saurait modifier la qualification de ces paiements.

A. *Le paiement versé à M. Bentley*

Je conviens avec le juge Rothstein que l'achat de listes de clients n'est pas un élément nouveau et que les faits de l'espèce ne se distinguent pas des affaires précédentes, ce qui en fait un paiement au titre du capital, contrairement à la conclusion du juge en chef adjoint Bowman en première instance. Les décisions de principe sur la qualification de l'acquisition des listes de clients sont *Cumberland Investments Ltd. c. Canada (M.R.N.)*, [1975] A.C.F. n° 511 (QL); *Canada c. Farquhar Bethune Insurance Ltd.*, [1982] A.C.F. n° 601 (QL). Outre les décisions traitant précisément des listes de clients, l'arrêt de principe sur la question de savoir si une dépense constitue une dépense courante ou une dépense en capital est *Johns-Manville*, précité. De l'avis du juge Rothstein, auquel je souscris, les critères énoncés dans *Johns-Manville* justifient la conclusion que le paiement a été effectué « au titre du capital ».

M. Bentley avait à vendre un achalandage qui s'est développé au fil des ans par suite des transactions avec ses clients, ainsi que l'engagement de ne pas faire concurrence à l'appelant. Il est manifeste que celui-ci s'intéressait à la relation qu'entretenait M. Bentley avec ses clients, pas seulement aux noms figurant sur la liste. Selon la Convention, M. Bentley était tenu d'informer par écrit un groupe précis de clients qu'il appuyait l'appelant et de ne pas lui faire concurrence à leur égard pendant 30 mois. Si l'appelant avait simplement voulu obtenir les noms des clients, il n'aurait en principe pas eu à faire intervenir M. Bentley et aurait pu traiter directement avec Midland Walwyn. En soi, le fait que la transaction soit intervenue entre deux employés plutôt qu'entre deux entreprises n'en modifie pas la qualification, ni ne justifie qu'on écarte la jurisprudence antérieure relative aux listes de clients.

Selon les critères énoncés dans *Johns-Manville*, précité, la liste de clients constitue une immobilisation et ce, pour plusieurs raisons. Elle élargit

client network, the structure within which he earned his employment income. The purchase of someone else's accumulated goodwill is not the same as the recurring marketing expenses the appellant would have had to incur to create his own goodwill. As well this payment secured the discontinuance of competition. Finally, it was a payment made with the intention of securing an asset of enduring benefit that would provide Mr. Gifford with a lasting advantage.

The trial judge found that this payment did not result in the acquisition of an enduring asset because “[c]lients are fleeting, volatile and evanescent” (para. 13). The fact that, if not properly cared for, the asset may decrease in value cannot determine the question of what the asset was to the purchaser at the time of acquisition. A building purchased as a rental property does not lose its characterization as a capital asset if it burns down the day after the sale closes. The goodwill and the agreement not to compete amounted to a capital asset to Mr. Gifford. The payment for this asset was a payment “on account of capital” which could not be deducted from his income because of s. 8(1)(f)(v).

B. *Interest*

The question under the second issue is whether the interest paid by the appellant on the money he borrowed to purchase Bentley's client list is deductible. As discussed above, an expense can be deducted by an employee under s. 8(1)(f) if it is made for the purpose of earning income from his employment and is not a payment “on account of capital” that would be precluded from deduction by s. 8(1)(f)(v).

To determine whether the interest paid by Mr. Gifford was “on account of capital” it is necessary to consider three subsidiary issues: (1) whether this Court has declared the payment of interest is always a payment “on account of capital”; (2) whether the Act provides a complete code to interest deductibility; and (3) what test should be used to classify an interest payment for the purposes of the Act.

considérablement le réseau de clients de M. Gifford, la structure dans le cadre de laquelle il touche son revenu d'emploi. L'achat de l'achalandage dont une autre personne s'est progressivement doté n'équivaut pas aux frais de commercialisation récurrents que l'appelant aurait eu à engager pour créer son propre achalandage. Ce paiement l'assurait également de la cessation de la concurrence. Enfin, il s'agissait d'un paiement visant l'obtention d'un actif qui procurerait à M. Gifford un avantage durable.

Le juge de première instance a statué que ce paiement n'a pas donné lieu à l'acquisition d'un actif durable parce qu'« [u]ne clientèle, c'est quelque chose d'éphémère, de volatile, d'évanescence » (par. 13). Le fait que la valeur d'un actif qu'on néglige puisse se déprécier ne permet pas de déterminer ce que cet actif représentait pour l'acheteur au moment de son acquisition. Un immeuble acquis à titre de bien locatif n'en reste pas moins une immobilisation s'il est réduit en cendres le lendemain de la clôture de la vente. L'achalandage et l'engagement de non-concurrence représentaient une immobilisation pour M. Gifford. Le paiement pour cet actif a été effectué « au titre du capital » et ne pouvait donc être déduit de son revenu en raison du sous-al. 8(1)f(v).

B. *Les intérêts*

La deuxième question consiste à savoir si les intérêts payés par l'appelant sur la somme empruntée pour l'acquisition de la liste de clients de M. Bentley sont déductibles. Comme nous l'avons vu, un employé peut déduire une dépense en application de l'al. 8(1)f si elle a été engagée pour gagner le revenu provenant de son emploi et dans la mesure où il ne s'agit pas d'un paiement « au titre du capital » dont la déduction est interdite par le sous-al. 8(1)f(v).

Pour décider si les intérêts versés par M. Gifford l'ont été « au titre du capital », il nous faut examiner trois questions subsidiaires : (1) la Cour a-t-elle déclaré qu'un paiement d'intérêts constitue toujours un paiement « au titre du capital »? (2) la Loi comporte-t-elle un code exhaustif sur la déductibilité des intérêts? (3) quel critère devrait servir à qualifier les paiements d'intérêt pour l'application de la Loi?

22

23

24

(1) Has This Court Held That an Interest Payment Is Always a Payment “On Account of Capital”?

25 This case is an opportunity to address the question as the appellant was an employee and therefore not able to rely on s. 20(1)(c) to make a deduction if this interest payment is held to be “on account of capital”. Rothstein J.A. considered this question at para. 35:

In my respectful opinion, the Tax Court Judge erred in law when he concluded that he was not precluded by Supreme Court jurisprudence from treating interest as a current expense in this case. As I read the relevant decisions, in the absence of statutory provisions permitting the deduction of interest, interest is considered a non-deductible capital expenditure. [Emphasis added.]

It may be doubtful that the authorities support a statement as broad as that. The cases referred to by him were primarily concerned with whether the interest payment in question could be deducted under s. 20(1)(c) and the comments made with respect to interest in general must be read in that light.

26 Interest has not been held to always be a capital expense. The position in Canada is that loan proceeds are usually additions to the financial capital of the borrower and interest is usually a payment on account of that financial capital. Because interest payments are usually payments “on account of capital”, they are precluded from deduction either by s. 8(1)(f)(v) or by s. 18(1)(b).

27 In *Bennett & White Construction Co. v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 287, Rand J. recognized that the proceeds of a loan added to the capital of the borrower. See pp. 292-93:

The acquisition of capital may be by various methods including stock subscriptions, permanent borrowings through issues of securities, or term loans; and ordinarily it should make no difference in taxation whether a company carried on financially by one means or another. In the absence of statute, it seems to be settled that to bring

(1) La Cour a-t-elle déclaré qu’un paiement d’intérêts constitue toujours un paiement « au titre du capital »?

Nous avons ici l’occasion d’aborder la question, car l’appelant, étant un employé, ne pouvait invoquer l’al. 20(1)c) pour justifier la déduction de son paiement d’intérêts si celui-ci devait être considéré comme étant « au titre du capital ». Le juge Rothstein a examiné la question au par. 35 :

À mon avis, le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur de droit en concluant que la jurisprudence de la Cour suprême ne l’empêchait pas de considérer les intérêts dans ce cas-ci comme une dépense courante. Selon l’interprétation que je donne aux décisions pertinentes, en l’absence de dispositions législatives permettant la déduction des intérêts, ces frais sont considérés comme une dépense en capital non déductible. [Je souligne.]

Il est peu probable que la jurisprudence appuie un énoncé aussi général. Les décisions auxquelles le juge a renvoyé portent essentiellement sur la question de savoir si le paiement d’intérêts en cause est déductible en vertu de l’al. 20(1)c), et c’est dans cette optique qu’il faut interpréter les commentaires concernant les intérêts en général.

On n’a pas établi que les intérêts représentaient systématiquement des dépenses en capital. Au Canada, le consensus veut que la somme empruntée s’ajoute généralement au capital financier de l’emprunteur et que les intérêts constituent généralement des paiements au titre de ce capital financier. Comme il s’agit habituellement de paiements « au titre du capital », les paiements d’intérêts ne sont pas déductibles en raison du sous-al. 8(1)f(v) ou de l’al. 18(1)b).

Dans *Bennett & White Construction Co. c. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 287, le juge Rand reconnaît que l’emprunt s’ajoute au capital de l’emprunteur. Voir p. 292-293 :

[TRADUCTION] L’acquisition du capital peut s’effectuer de diverses manières, notamment par voie de souscription d’actions, de financement permanent sous forme d’emprunt par voie d’émission d’actions ou de prêts à terme; et le moyen financier que choisit une entreprise pour ce faire ne devrait généralement comporter

interest paid on temporary financing within deductible expenses requires that the financing be an integral part of the business carried on. That is exemplified where the transactions are those of daily buying and selling of securities: *Farmer v. Scottish North American Trust* [[1912] A.C. 118]; or conversely lending money as part of a brewery business: *Reid's Brewery v. Mail* [[1891] 2 Q.B. 1]. [Emphasis added.]

In this case we must analyse the foundation upon which Rothstein J.A. relied in stating that this Court has held that interest is always a capital expense. Rand J.'s reasons in *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717, are used to support that proposition. The interest in that case was not deductible because it was found to be an expense incurred to earn exempt income and therefore precluded from deduction by the Act at the time. In a concurring judgment, Rand J. made this comment about the deductibility of interest, at p. 727:

It is important to remember that in the absence of an express statutory allowance, interest payable on capital indebtedness is not deductible as an income expense. If a company has not the money capital to commence business, why should it be allowed to deduct the interest on borrowed money? The company setting up with its own contributed capital would, on such a principle, be entitled to interest on its capital before taxable income was reached, but the income statutes give no countenance to such a deduction. To extend the statutory deduction in the converse case would add to the anomaly and open the way for borrowed capital to become involved in a complication of remote effects that cannot be considered as having been contemplated by Parliament. What is aimed at by the section is an employment of the borrowed funds immediately within the company's business and not one that effects its purpose in such an indirect and remote manner. [Emphasis added.]

A review of the first sentence demonstrates that Rand J. did not hold that interest could never be deducted in the absence of a specific statutory provision but, with his reference to capital indebtedness,

aucune incidence sur le plan fiscal. En l'absence d'une loi, il semble être établi que, pour que des intérêts payés sur du financement temporaire soient considérés comme des dépenses déductibles, il faut que le financement fasse partie intégrante de l'entreprise exploitée. Cela est clairement illustré dans le cas d'opérations quotidiennes d'achat et de vente de valeurs (*Farmer c. Scottish North American Trust*, [[1912] A.C. 118]) ou, inversement, dans le cas d'opérations consistant à prêter de l'argent dans le cadre d'une entreprise de brasserie (*Reid's Brewery c. Mail* [[1891] 2 Q.B. 1]). [Je souligne.]

En l'espèce, nous devons examiner le fondement sur lequel s'appuie le juge Rothstein pour affirmer que la Cour a établi que les intérêts constituent toujours une dépense en capital. Les motifs du juge Rand dans *Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717, ont été invoqués à l'appui de cette affirmation. Les intérêts dans cette affaire n'étaient pas déductibles, ayant été considérés comme une dépense engagée pour tirer un revenu exonéré et, donc, non admissible à une déduction en application de la Loi à l'époque. Dans ses motifs concordants, le juge Rand a tenu les propos suivants quant à la déductibilité des intérêts (p. 727) :

[TRADUCTION] Il importe de se rappeler que, en l'absence d'une autorisation législative expresse, les intérêts payables sur une dette au titre du capital ne sont pas déductibles comme frais d'exploitation. Si une compagnie ne dispose pas des capitaux nécessaires pour démarrer, pourquoi devrait-on lui permettre de déduire les intérêts sur l'argent emprunté? La compagnie qui démarre avec le capital d'apport aurait à plus forte raison le droit de déduire les intérêts sur le capital avant que le revenu atteigne le seuil imposable, mais la législation fiscale n'appuie pas une telle conclusion. L'application de ce principe au cas convers aurait pour effet d'aggraver l'anomalie et de permettre à ce que le capital emprunté ait un rôle à jouer dans de nombreuses situations complexes dont les incidences sont peu prévisibles, intention que l'on ne saurait attribuer au législateur. Ce qu'envisage l'article est l'utilisation immédiate des fonds empruntés dans l'entreprise et non pas une utilisation dont le but est atteint d'une manière aussi indirecte et aussi peu prévisible. [Je souligne.]

Si l'on s'en tient à la première phrase, le juge Rand n'a pas statué que les intérêts ne pouvaient jamais être déduits en l'absence d'une disposition législative précise, limitant plutôt son affirmation,

limited his statement to interest on money borrowed for use as capital.

- 30 The next case raising the same issue is *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32. In that case this Court was asked to determine whether interest on money borrowed to make a capital distribution from a trust could be deducted under s. 20(1)(c). Before he analysed that particular issue Dickson C.J. made a preliminary comment about the deductibility of interest. At p. 45, he stated:

It is perhaps otiose to note at the outset that in the absence of a provision such as s. 20(1)(c) specifically authorizing the deduction from income of interest payments in certain circumstances, no such deductions could generally be taken by the taxpayer. Interest expenses on loans to augment fixed assets or working capital would fall within the prohibition against the deduction of a "payment on account of capital" under s. 18(1)(b): Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue, [1957] S.C.R. 717, at pp. 722-23 per Kerwin C.J. and at p. 727 per Rand J. [Emphasis added.]

- 31 Dickson C.J. made it clear that when the proceeds of a loan added to the financial capital of the borrower, the interest on that loan would be considered a payment "on account of capital". Iacobucci J. followed this line of reasoning in *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, at para. 16:

In my opinion, s. 20(1)(c)(i) is not ambiguous. It clearly states that interest can be deducted as an expense when the interest is paid or payable in the taxation year pursuant to a legal obligation to pay interest, and when the interest is payable on money borrowed for the purpose of earning income from a business or property. The purpose of the interest deduction provision is to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income, as Dickson C.J. noted in *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 45. But for s. 20(1)(c)(i), the deduction of interest payments would be prevented by s. 18(1)(b) (*Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; some commentators suggest that *Canada Safeway* is wrongly decided; see P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law*

par sa référence aux dettes au titre du capital, aux intérêts sur l'argent emprunté devant servir de capital.

Il y a eu ensuite l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, qui traite de la même question. Dans cette affaire, la Cour a été appelée à déterminer si les intérêts versés sur des emprunts contractés pour faire des prélevements sur le capital de la fiducie étaient déductibles en vertu de l'al. 20(1)c). Avant d'analyser cette question, le juge en chef Dickson a discuté de façon préliminaire le problème de la déductibilité des intérêts. Il dit à la p. 45 :

Il est peut-être superflu de souligner dès le départ que, à défaut d'une disposition telle que l'al. 20(1)c), qui autorise expressément que les intérêts payés soient dans certaines circonstances déduits du revenu, le contribuable ne peut en règle générale bénéficier d'aucune déduction de ce genre. Les intérêts sur les emprunts contractés pour augmenter les immobilisations ou le fonds de roulement relèveraient de l'interdiction de déduire tout « paiement à titre de capital », prévue à l'al. 18(1)b) : *Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717, aux pp. 722 et 723 des motifs du juge en chef Kerwin et à la p. 727 des motifs du juge Rand. [Je souligne.]

Le juge en chef Dickson a clairement indiqué que, lorsque l'emprunt s'ajoutait au capital financier de l'emprunteur, les intérêts sur cet emprunt seraient considérés comme un paiement « au titre du capital ». Le juge Iacobucci a souscrit à ce raisonnement dans *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, par. 16 :

À mon avis, le sous-al. 20(1)c)(i) n'est pas ambigu. Il édicte clairement que l'intérêt peut être déduit à titre de dépense lorsqu'il est payé ou payable au cours d'une année d'imposition en vertu d'une obligation légale de verser un intérêt, et lorsque l'intérêt est payable sur de l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. La disposition permettant la déduction des intérêts a pour but de favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables, comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, à la p. 45. Sans le sous-al. 20(1)c)(i), la déduction des paiements d'intérêts serait interdite par l'al. 18(1)b) (*Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; certains auteurs laissent entendre que l'arrêt *Canada Safeway* est

(1995), at p. 221, note 36; however, I need not address that issue in these reasons). [Emphasis added.]

By stating that the purpose of s. 20(1)(c) is to encourage the accumulation of capital before referring to the interest precluded from deduction by s. 18(1)(b), it seems clear that Iacobucci J. held only that interest on money that adds to the capital of the borrower is prevented from being deducted. The case cannot be used to support the position that, as a result of s. 18(1)(b), interest payments are never deductible. In *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, McLachlin J. (as she then was) continued to follow the line of authority that began in *Canada Safeway, supra*. At para. 28, she stated:

Section 20(1)(c)(i) allows taxpayers to deduct from their income interest payments on borrowed money that is used for the purpose of earning income from a business or property. It is an exception to s. 9 and s. 18(1)(b), which would otherwise prohibit the deduction of amounts expended on account of capital, i.e., interest on borrowed funds used to produce income: Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue, [1957] S.C.R. 717, at pp. 722-23, per Kerwin C.J., and at p. 727, per Rand J.; Bronfman Trust v. The Queen, [1987] 1 S.C.R. 32, at p. 45, per Dickson C.J. [Emphasis added.]

At paragraph 74, she again referred to *Canada Safeway*:

Furthermore, it is important to underline that interest expenses on money used to produce income from a business or property are only deemed by s. 20(1)(c)(i) to be current expenses and, in the absence of that provision, would be considered to be capital expenditures: *Canada Safeway, supra, per Rand J.*, at p. 727. This Court was not invited on this appeal to revisit this characterization of such interest expenses: they therefore remain capital expenses which s. 20(1)(c)(i) deems to be deductible from Shell's gross income notwithstanding the general prohibition of such capital deductions in s. 18(1). [First emphasis in original; second emphasis added.]

mal fondé, voir P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), à la p. 221, note 36; je n'ai toutefois pas à trancher cette question dans les présents motifs). [Je souligne.]

Comme il a fait allusion aux intérêts non admissibles à la déduction en raison de l'al. 18(1)b) après avoir indiqué que l'al. 20(1)c) visait à favoriser l'accumulation de capitaux, le juge Iacobucci a uniquement statué, cela paraît évident, que les intérêts payés sur les fonds ajoutant au capital de l'emprunteur ne peuvent faire l'objet d'une déduction. Cet arrêt ne peut servir à étayer la thèse selon laquelle, vu l'al. 18(1)b), les paiements d'intérêts ne sont jamais déductibles. Dans *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a continué à suivre la tendance jurisprudentielle dessinée par l'arrêt *Canada Safeway*, précité. Elle écrit au par. 28 :

Le sous-al. 20(1)c)(i) permet au contribuable de déduire de son revenu l'intérêt payé relativement à de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Il s'agit d'une exception à l'art. 9 et à l'al. 18(1)b), qui interdisent par ailleurs la déduction des sommes dépensées au titre du capital, c'est-à-dire l'intérêt payé à l'égard de fonds empruntés et utilisés pour produire un revenu : Canada Safeway Ltd. c. Minister of National Revenue, [1957] R.C.S. 717, aux pp. 722 et 723, le juge en chef Kerwin et à la p. 727, le juge Rand; Bronfman Trust c. La Reine, [1987] 1 R.C.S. 32, à la p. 45, le juge en chef Dickson. [Je souligne.]

Au paragraphe 74, renvoyant une fois de plus à l'arrêt *Canada Safeway*, elle poursuit :

En outre, il importe de souligner que les frais d'intérêts versés à l'égard de fonds utilisés pour produire un revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien sont seulement réputés, au sous-al. 20(1)c)(i), être des dépenses courantes et que, en l'absence de cette disposition, ils seraient considérés comme des dépenses en capital : *Canada Safeway*, précité, le juge Rand, à la p. 727. Aucune des parties au présent pourvoi n'a demandé à notre Cour de modifier cette qualification des frais d'intérêts. Ceux-ci demeurent donc des dépenses en capital qui sont réputées, suivant le sous-al. 20(1)c)(i), être déductibles du revenu brut de Shell malgré l'interdiction générale de toute déduction d'une dépense en capital prévue au par. 18(1). [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

33 *Shell* was a case where the focus was not on whether the deduction was prohibited by s. 18(1)(b) but on whether, if it was prohibited, it could nevertheless be deducted under s. 20(1)(c).

34 McLachlin J. stated that the Court was not asked to consider how interest payments should be characterized. Even in this context she did not state that all interest payments would be “on account of capital”. In both passages she refers to interest on borrowed funds used to produce income and in the second passage simply extends this by adding “from a business or property”.

35 In the current appeal we have been asked to consider directly the issue of when interest is deductible. The above review of the cases McLachlin J. relied upon in *Shell* indicates the important question is not whether the payment is a capital expenditure but whether it is “on account of capital”, a distinction that is explored further below. It also indicates that even the limited statement in *Shell* that all payments of interest on borrowed money used to produce income will be payments “on account of capital” is too broad. While this will usually be the result, each case requires an analysis of what the funds are to the borrower at the time of receipt.

36 To summarize, the decisions of this Court have not held that interest is always a capital expense, but have consistently found that when the proceeds of the loan add to the financial capital of the borrower any interest paid on that loan will be considered a payment “on account of capital”. This distinction becomes more important when one examines the tests used to characterize interest expenses in other jurisdictions, which is considered below.

(2) Does the Act Provide a Complete Code on the Deductibility of Interest?

37 I do not agree with Rothstein J.A. that the Act is a complete code on interest deductibility. The Minister submitted to this Court that the Act was

L’arrêt *Shell* portait surtout sur la question non pas de savoir si la déduction était exclue par l’al. 18(1)b), mais bien si, étant ainsi exclue, elle pouvait néanmoins être admise en vertu de l’al. 20(1)c).

La juge McLachlin a indiqué que la Cour n’avait pas été invitée à se prononcer sur la qualification des paiements d’intérêts. Même dans ce contexte, elle n’a pas déclaré que tous les paiements d’intérêts seraient « au titre du capital ». Dans les deux extraits, elle traite des intérêts payés sur les fonds empruntés et utilisés pour produire un revenu, le deuxième extrait précisant simplement qu’il s’agit de revenu tiré « d’une entreprise ou d’un bien ».

En l’espèce, on nous a demandé de nous prononcer directement sur le contexte dans lequel la déduction des intérêts est admise. L’examen susmentionné des décisions invoquées par la juge McLachlin dans *Shell* révèle que l’important n’est pas de savoir si le paiement est une dépense en capital, mais bien s’il a été versé « au titre du capital », distinction que nous examinerons plus loin. Il indique aussi que même l’affirmation restreinte dans *Shell*, précité, que tout intérêt payé sur de l’argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu constitue un paiement « au titre du capital » s’avère trop large. Peut-être l’analyse nous conduira-t-elle généralement à ce résultat, mais c’est au cas par cas qu’il faut examiner ce que les fonds représentent pour l’emprunteur au moment où il les reçoit.

Pour résumer, la Cour n’a pas statué dans ses décisions que les intérêts constituent toujours une dépense en capital, mais elle a constamment conclu que les intérêts payés sur l’emprunt qui s’ajoute au capital financier de l’emprunteur devaient être assimilés à un paiement « au titre du capital ». Cette distinction devient plus importante si l’on examine les critères utilisés dans d’autres ressorts pour caractériser les dépenses d’intérêts, comme nous le verrons plus loin.

(2) La Loi comporte-t-elle un code exhaustif sur la déductibilité des intérêts?

Je ne puis adhérer à l’opinion du juge Rothstein que la Loi contient un code exhaustif sur la déductibilité des intérêts. Le ministre a plaidé devant la

a complete code for the deductibility of interest as interest payments can only be deducted if they meet the requirements of specific sections of the Act such as s. 8(1)(j) or s. 20(1)(c). It is evident from the manner in which the Canada Customs and Revenue Agency (now Canada Revenue Agency) allows moneylenders to deduct interest payments, without reliance on any specific section of the Act, when they are calculating profits for the purposes of determining their income for the year under s. 9 that they have not adhered to this position in the past. In circumstances where interest is not a payment "on account of capital", it may be deducted as long as it meets the other requirements, such as those set out in s. 8(1)(f) or s. 18(1)(a), and is not precluded by some other section of the Act.

(3) What Test Should Be Used to Classify an Interest Payment for the Purposes of the Act?

There are a number of ways to characterize the payment of interest. The method adopted by Bowman A.C.J.T.C., which looked at the purpose the proceeds of the loan were being used for, is in accordance with general accounting principles and logic. In *Steele v. Deputy Commissioner of Taxation* (1999), 161 A.L.R. 201, the Australian High Court adopted a test that results in interest almost always being a current expense. In *Wharf Properties, supra*, the Privy Council adopted a test that looked at what the loan proceeds were being used for at the point in time when the interest was paid. While these tests are not all the same, they have one underlying feature that significantly reduces their application to determining the deductibility of interest in Canada. They are all concerned with determining whether each payment of interest is an "expenditure of a capital nature" (*Wharf Properties, supra*), or an "outgoing of a capital nature" (*Steele, supra*), neither of which answers the question which is relevant for Canadian purposes of whether it was a payment "on account of capital". In attempting to determine if the expenditure or outgoing was of a capital nature, as required by the relevant statutes, other jurisdictions have looked to what the loan proceeds were spent

Cour que la Loi comportait un code exhaustif pour la déductibilité des intérêts car seuls les paiements d'intérêts qui répondent aux exigences de dispositions bien précises de la Loi, comme aux al. 8(1)j) ou 20(1)c), peuvent être déduits. La manière dont l'Agence des douanes et du revenu du Canada (aujourd'hui Agence du revenu du Canada) permet aux prêteurs d'argent de déduire les paiements d'intérêts, sans recourir à une disposition de la Loi, lorsqu'ils calculent leur bénéfice pour déterminer leur revenu pour l'année en application de l'art. 9, indique à l'évidence que telle n'a pas été la position de l'agence jusqu'à maintenant. Lorsque les intérêts ne représentent pas un paiement « au titre du capital », ils peuvent être déduits dans la mesure où ils satisfont aux autres exigences, comme celles énoncées aux al. 8(1)f) ou 18(1)a), et sauf disposition contraire de la Loi.

(3) Quel critère devrait servir à qualifier les paiements d'intérêts pour l'application de la Loi?

Il existe bien des manières de qualifier un paiement d'intérêts. La méthode retenue par le juge en chef adjoint Bowman, fondée sur la fin à laquelle sert l'emprunt, est conforme aux principes comptables généraux ainsi qu'à la logique. Dans *Steele c. Deputy Commissioner of Taxation* (1999), 161 A.L.R. 201, la Haute Cour d'Australie a adopté un critère selon lequel les intérêts constituent presque toujours une dépense courante. Dans *Wharf Properties*, précité, le Conseil privé a adopté un critère fondé sur la fin à laquelle est affecté l'emprunt au moment où les intérêts sont versés. Bien qu'ils ne soient pas identiques, ces critères comportent tous un aspect qui diminue considérablement leur utilité quant à la question de la déductibilité des intérêts au Canada. C'est qu'ils servent à déterminer si chaque paiement d'intérêts constitue une [TRADUCTION] « dépense ayant un caractère de capital » (*Wharf Properties*, précité) ou un [TRADUCTION] « paiement ayant un caractère de capital » (*Steele*, précité), aucune de ces qualifications ne se révélant utiles pour les fins qui nous importent au Canada, à savoir s'il s'agit d'un paiement « au titre du capital ». Pour tenter de déterminer si une dépense ou un paiement a un caractère de capital, comme l'exigent

on. Under the current wording in our Act this is not necessary, as we are only concerned with whether the payment is "on account of capital".

- 39 Under our current Act it is not necessary to determine whether the payment is a capital expenditure but to determine whether the payment is being made "on account of capital". This distinction in terms is particularly important in relation to interest payments, because loan proceeds are seldom retained in the form they are received, unlike other capital assets. This distinction means that under our Act it is only necessary to consider what the proceeds of the loan are to the borrower when they are received, and does not require an examination of what those loan proceeds are spent on. If the money adds to the financial capital then the payment of interest on that loan will be considered to be a payment "on account of capital". If the loan proceeds constitute the inventory of the borrower, as is the case with moneylenders, then the payment of interest would be deductible. Lord Hoffmann in *Wharf Properties, supra*, discussed how loan proceeds can be different things to the borrower, at p. 339:

This decision does not seem to their Lordships to help Mr. Gardiner at all. It is directed to a different question, namely whether the sum borrowed constitutes an addition to the company's capital or is a revenue receipt. In other words, it looks at the nature of the *loan* in the hands of the recipient rather than the question of whether a payment of interest is a capital or revenue expense. It is unusual for a loan of money to constitute a revenue receipt but this can be the case if borrowing money is "part of the ordinary day to day incidence of carrying on the business" (per Lord Templeman in the *Beauchamp* case, at p. 497) which may be the case in businesses of banking, financing or otherwise dealing in money: see *Farmer v. Scottish North American Trust Ltd.* [1912] A.C. 118. Ordinarily, however, a loan to a trading company, whatever the purpose for which it is intended to be used, will be an addition to that company's capital. Mr. Gardiner did submit that the shortness of the successive terms of the loans in this case was enough to make them revenue receipts, but their Lordships do not agree. The borrowing did not form part of the company's trading activities. While it or a replacement loan remained in place it was an addition to Wharf's capital: compare *European Investment Trust*

les dispositions législatives pertinentes, d'autres ressorts ont examiné les fins auxquelles sert l'emprunt. Selon le libellé actuel de la Loi, cette analyse ne s'impose pas, car il s'agit seulement de décider si le paiement est effectué « au titre du capital ».

Sous le régime de la présente Loi, il n'est pas nécessaire de savoir si le paiement est une dépense en capital, mais bien s'il est effectué « au titre du capital ». Cette distinction dans la terminologie se révèle particulièrement importante quant aux paiements d'intérêts, car, contrairement aux autres immobilisations, l'emprunt conserve rarement la forme sous laquelle il est reçu. Cette distinction signifie que nous devons considérer, pour l'application de la Loi, uniquement ce que l'emprunt représente pour l'emprunteur au moment où il l'obtient, sans avoir à examiner la façon dont il est dépensé. Si l'argent s'ajoute au capital financier, le paiement d'intérêts effectué à l'égard de cet emprunt sera alors considéré comme un paiement « au titre du capital ». Si la somme empruntée constitue, comme c'est le cas pour les prêteurs d'argent, l'inventaire de l'emprunteur, le paiement d'intérêts sera alors déductible. Dans *Wharf Properties*, précité, p. 339, lord Hoffmann traite des possibilités que l'emprunt représente pour l'emprunteur.

[TRADUCTION] Cette décision ne paraît pas à Leurs Seigneuries être d'un quelconque secours à M. Gardiner. Elle traite d'une tout autre question, à savoir si la somme empruntée vient s'ajouter au capital de l'entreprise ou si elle constitue une rentrée de fonds au titre du *revenu*. Autrement dit, elle s'intéresse à la nature de l'*emprunt* lorsqu'il se trouve entre les mains du bénéficiaire, plutôt qu'à la question de savoir si un paiement d'intérêts constitue une dépense en capital ou des frais d'exploitation. Un prêt d'argent n'est pas habituellement assimilable à une rentrée de fonds au titre du *revenu*, mais il peut l'être si l'emprunt « fait partie intégrante du fonctionnement au quotidien de l'exploitation de l'entreprise » (lord Templeman dans *Beauchamp*, p. 497), comme dans le cas d'activités bancaires, de financement ou autres transactions d'argent : voir *Farmer c. Scottish North American Trust Ltd.* [1912] A.C. 118. En règle générale, cependant, un prêt consenti à une entreprise commerciale s'ajoutera au capital de celle-ci, quel que soit l'objet pour lequel il devait servir. M. Gardiner a plaidé qu'en l'espèce le court laps de temps entre les échéances successives des prêts justifiait à lui seul la qualification de frais d'exploitation, mais Leurs Seigneuries ne sont pas de cet avis. L'emprunt

Co. Ltd. v. Jackson (1932) 18 T.C. 1. [Italics in original; underlining added.]

As earlier pointed out, loan proceeds are usually thought of as additions to the financial capital of the borrower. This view makes it necessary to deal briefly with the wording at the beginning of both s. 8(1)(f)(v) and s. 18(1)(b) that prohibits the deduction of "outlays . . . of capital". A literal reading of this phrase could render every expenditure that could not be directly traced to revenue non-deductible as an outlay of capital. This has not been the approach under these sections in the past, and the analysis should continue to look at what is acquired rather than examining where the money to make the payment originates.

C. Costs

Under s. 18.25 of the *Tax Court of Canada Act*, the Minister must pay the reasonable and proper costs of the taxpayer when it seeks to judicially review a decision made under the informal procedure.

18.25 Where the Minister of National Revenue makes an application under section 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a judgment referred to in section 18.24, the reasonable and proper costs of the taxpayer in respect of the application shall be paid by Her Majesty in right of Canada.

The purpose of s. 18.25 is to ensure the Minister bears the costs of the appeal process once he begins it. Accordingly, the costs in the courts below are confirmed and the appellant is awarded his reasonable and proper costs in this Court.

VI. Conclusion

The Agreement to pay \$100,000 to purchase accumulated goodwill and the agreement not to compete were made to create an enduring benefit for the appellant taxpayer Gifford and therefore the payment was "on account of capital". The

ne s'inscrivait pas dans le cadre des activités commerciales de l'entreprise. Tant qu'on y a eu recours, ou dans la mesure où on y a substitué un autre prêt, il s'agissait d'un ajout au capital de Wharf : comparer *European Investment Trust Co. Ltd. c. Jackson* (1932) 18 T.C. 1. [En italique dans l'original; soulignement ajouté.]

L'emprunt est, comme nous l'avons vu, habituellement considéré comme s'ajoutant au capital financier de l'emprunteur. De ce fait, il faut traiter brièvement du libellé figurant au début du sous-al. 8(1)f(v) et de l'al. 18(1)b) qui exclut la déduction des « dépenses [...] au titre du capital ». Selon l'interprétation littérale du libellé, il ne serait pas possible de déduire comme dépense au titre du capital toute dépense qui ne pourrait être directement rattachée à un revenu. Ce n'est pas l'approche qui a été préconisée jusqu'à maintenant, et l'analyse devrait encore porter sur ce qui est acquis plutôt que sur la provenance des fonds servant au paiement.

C. Dépens

Conformément à l'art. 18.25 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, le ministre responsable doit payer les frais entraînés pour le contribuable par une demande de révision judiciaire d'une décision rendue suivant la procédure informelle.

18.25 Les frais entraînés pour le contribuable par une demande de révision ou d'annulation présentée par le ministre du Revenu national au titre de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* relativement à un jugement visé à l'article 18.24 sont payés par Sa Majesté du chef du Canada.

L'article 18.25 a pour but de faire supporter par le ministre les frais liés à l'instruction de l'appel, une fois qu'il a enclenché le processus. Par conséquent, les dépens accordés par les tribunaux d'instance inférieure sont confirmés et l'appelant a droit au paiement des frais raisonnables et convenables qu'il a engagés devant cette Cour.

VI. Conclusion

La Convention visant le paiement de 100 000 \$ pour l'acquisition d'un achalandage et l'engagement de non-concurrence étant destinés à conférer au contribuable appelant Gifford un avantage durable, le paiement doit être considéré comme étant

40

41

42

interest payment in this case, under current Canadian law, was also a payment “on account of capital”, because the funds, borrowed to make the payment to Bentley, themselves added to the financial capital of the appellant. As both payments in question were “on account of capital”, s. 8(1)(f)(v) prevents a deduction from being made for either expense. This appeal is dismissed. The reasonable and proper costs in this Court are to be paid to the appellant by the respondent. The costs awarded in the lower courts are upheld.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McMillan Binch, Toronto.

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

Solicitors for the intervener: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

« au titre du capital ». En l’occurrence, conformément aux lois canadiennes actuelles, le paiement d’intérêts constitue en outre un paiement « au titre du capital » parce que les fonds empruntés pour payer M. Bentley se sont ajoutés au capital financier de l’appelant. Comme les deux paiements en cause ont été effectués « au titre du capital », leur déduction est exclue par le sous-al. 8(1)f(v). Le pourvoi est rejeté. L’intimée doit verser à l’appelant les frais raisonnables et convenables qu’il a engagés devant cette Cour. Les dépens accordés par les tribunaux d’instance inférieure sont confirmés.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelant : McMillan Binch, Toronto.

Procureur de l’intimée : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l’intervenante : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

David Masi Cheddesingh Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. CHEDDESINGH

Neutral citation: 2004 SCC 16.

File No.: 29662.

2004: March 19.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Criminal law — Sentencing — Manslaughter — Life sentence — Accused convicted of manslaughter resulting from rape and subsequent death of 76-year-old victim — Sentencing judge characterizing offence as one of “stark horror” — Whether judge considered all relevant factors and exercised his discretion judicially in sentencing accused to life imprisonment.

Criminal law — Sentencing — Eligibility for parole — Appropriateness of parole ineligibility order.

Cases Cited

Applied: *R. v. Zinck*, [2003] 1 S.C.R. 41, 2003 SCC 6.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 743.6(2).

Authors Cited

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 60 O.R. (3d) 721, 162 O.A.C. 151, 168 C.C.C. (3d) 310, [2002] O.J. No. 3176 (QL), dismissing the accused’s appeal from his

David Masi Cheddesingh Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ : R. c. CHEDDESINGH

Référence neutre : 2004 CSC 16.

Nº du greffe : 29662.

2004 : 19 mars.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Homicide involontaire coupable — Emprisonnement à perpétuité — Accusé reconnu coupable d’homicide involontaire coupable par suite du viol et du décès sub-séquent de la victime âgée de 76 ans — Le juge chargé de la détermination de la peine a qualifié l’infraction d’« abomination » — Le juge a-t-il considéré tous les facteurs pertinents et exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire en condamnant l’accusé à l’emprisonnement à perpétuité?

Droit criminel — Détermination de la peine — Admissibilité à la libération conditionnelle — Justesse de l’ordonnance relative à la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Zinck*, [2003] 1 R.C.S. 41, 2003 CSC 6.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 743.6(2).

Doctrine citée

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto : Irwin Law, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2002), 60 O.R. (3d) 721, 162 O.A.C. 151, 168 C.C.C. (3d) 310, [2002] O.J. No. 3176 (QL), qui a rejeté l’appel de l’accusé contre la peine

sentence of life imprisonment for manslaughter and varying the parole ineligibility period. Appeal dismissed.

C. Leslie Maunder, for the appellant.

Sandra Kingston and *David Leposky*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that this appeal should be dismissed. The first issue is whether the trial judge erred by using the concept of “stark horror” in imposing a life sentence. We agree with the appellant’s counsel that terms such as “stark horror”, “worst offence” and “worst offender” add nothing to the analysis and should be avoided. All relevant factors under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, must be considered. A maximum penalty of any kind will by its very nature be imposed only rarely (see A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), at p. 106) and is only appropriate if the offence is of sufficient gravity and the offender displays sufficient blameworthiness. As is always the case with sentencing, the inquiry must proceed on a case-by-case basis. Here we are satisfied that the sentencing judge considered all the relevant factors and exercised his discretion judicially in sentencing the appellant to life imprisonment.

2 The second issue is the appropriateness of the parole ineligibility order under s. 743.6(2) of the *Code*, as amended by the Court of Appeal to 10 years in conformity with the wording of the section. In our view this matter is governed by *R. v. Zinck*, [2003] 1 S.C.R. 41, 2003 SCC 6. The sentencing judge in this case applied the principles set out in *Zinck* and cannot be said to have made a demonstrably unfit parole order. Specific deterrence was a paramount concern and for justifiable

d’emprisonnement à perpétuité infligée pour homicide involontaire coupable et qui a modifié la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle. Pourvoi rejeté.

C. Leslie Maunder, pour l’appelant.

Sandra Kingston et *David Leposky*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d’avis que le présent pourvoi doit être rejeté. La première question consiste à décider si le juge du procès a commis une erreur en utilisant la notion d’[TRADUCTION] « abomination » en imposant l’emprisonnement à perpétuité. Nous sommes d’accord avec le procureur de l’appelant que des termes comme « abomination », [TRADUCTION] « pire infraction » et « pire délinquant » n’ajoutent rien à l’analyse et devraient être évités. Tous les facteurs pertinents pour l’application du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, doivent être pris en compte. En raison de leur nature même, les peines maximales, quelles qu’elles soient, sont rarement infligées (voir A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), p. 106) et ne sont appropriées que si l’infraction est suffisamment grave et le délinquant suffisamment à blâmer. Comme toujours en matière de détermination de la peine, il faut examiner chaque cas individuellement. En l’espèce, nous sommes convaincus que le juge qui a déterminé la peine a considéré tous les facteurs pertinents et exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire en condamnant l’appelant à l’emprisonnement à perpétuité.

La deuxième question concerne la justesse de l’ordonnance relative à la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle rendue sur le fondement du par. 743.6(2) du *Code*, période modifiée à 10 ans par la Cour d’appel conformément au texte de cette disposition. À notre avis, l’arrêt *R. c. Zinck*, [2003] 1 R.C.S. 41, 2003 CSC 6, répond à cette question. En l’espèce, le juge qui a déterminé la peine a appliqué les principes énoncés dans l’arrêt *Zinck* et on ne saurait dire qu’il a rendu une

reasons. The expert evidence indicated that the offender's personality disorders made him a danger to society. His ability to address his personality disorders can come only with time and possibly not at all. As such, the parole order must be upheld. We would dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pinkofskys, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

ordonnance manifestement injuste. La dissuasion était une préoccupation primordiale, et ce pour des raisons justifiables. La preuve d'expert indique que, en raison de ses troubles de la personnalité, le délinquant constituait un danger pour la société. Seul le temps peut lui permettre de composer avec ses troubles de la personnalité, si jamais il y parvient. Dans les circonstances, l'ordonnance relative à la libération conditionnelle doit être confirmée. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Pinkofskys, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's Appellant

v.

John Doe ("a pseudonym") and John Doe ("a pseudonym") Respondents

and between

John Doe ("a pseudonym") and John Doe ("a pseudonym") Appellants on cross-appeal

v.

Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's Respondent on cross-appeal

and

Alphonsus Penney, Raymond Lahey, Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's, James MacDonald, and the Roman Catholic Church Respondents on cross-appeal

and

Attorney General of Canada and Canadian Conference of Catholic Bishops Intervenors

INDEXED AS: JOHN DOE v. BENNETT

Neutral citation: 2004 SCC 17.

File No.: 29426.

2004: January 14; 2004: March 25.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Torts — Intentional torts — Liability — Corporation sole — Sexual abuse — Boys sexually abused by priest —

Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's Appelante

c.

M. Untel (« pseudonyme ») et M. Untel (« pseudonyme ») Intimés

et entre

M. Untel (« pseudonyme ») et M. Untel (« pseudonyme ») Appelants au pourvoi incident

c.

Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's Intimée au pourvoi incident

et

Alphonsus Penney, Raymond Lahey, Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's, James MacDonald et Église catholique romaine Intimés au pourvoi incident

et

Procureur général du Canada et Conférence des évêques catholiques du Canada Intervenants

RÉPERTORIÉ : UNTEL c. BENNETT

Référence neutre : 2004 CSC 17.

N° du greffe : 29426.

2004 : 14 janvier; 2004 : 25 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Délits civils — Délits intentionnels — Responsabilité — Personne morale simple — Agressions sexuelles — Jeunes

Whether episcopal corporation liable for priest's sexual assault of boys — Whether corporation sole's activities and liability confined to matters pertaining to property.

Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Boys sexually abused by priest — Whether episcopal corporation vicariously liable for priest's sexual assault of boys.

Over a period of almost two decades, B, a Roman Catholic priest in Newfoundland, sexually assaulted boys in his parishes. The plaintiff-respondents sued the appellant episcopal corporation and the Roman Catholic Church, among others. The trial judge found the appellant vicariously liable but dismissed the claim against the Church. The Court of Appeal upheld the dismissal of the action against the Church. The majority found the appellant directly but not vicariously liable.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

The conclusion below that the appellant is directly liable for the wrongs to the plaintiff-respondents resulting from its bishops' failure to properly direct and discipline B is confirmed. The purpose for which ecclesiastical corporations sole like the appellant are created is to serve as a point of legal interface between the Roman Catholic Church and the community at the diocesan level. To restrict the purpose of the corporation sole to the acquisition, holding and administration of property is to capture only a portion of the purpose it is intended to serve and to artificially truncate its functions. The bishop is a corporation capable of suing and being sued in all courts with respect to all matters, and has the power to hold property and borrow money for all diocesan purposes. If the bishop is negligent in the discharge of his duties, the corporation is directly liable, because the office of bishop/archbishop, the enterprise of the diocese and the episcopal corporation are legally synonymous.

The appellant is also vicariously liable for the wrongs done to the plaintiff-respondents, as the evidence

garçons agressés sexuellement par un prêtre — La corporation épiscopale est-elle responsable des agressions sexuelles commises par le prêtre contre les jeunes garçons? — Les activités de la personne morale simple et sa responsabilité se limitent-elles aux opérations touchant ses biens?

Délits civils — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Aggressions sexuelles — Jeunes garçons agressés sexuellement par un prêtre — La corporation épiscopale est-elle responsable du fait d'autrui à l'égard des agressions sexuelles commises par le prêtre contre les jeunes garçons?

Pendant presque deux décennies, B, prêtre catholique romain à Terre-Neuve, a agressé sexuellement des jeunes garçons dans les paroisses qu'il desservait. Les demandeurs-intimés ont intenté des poursuites, notamment contre la corporation épiscopale appelante et l'Église catholique romaine. Le juge de première instance a conclu à la responsabilité du fait d'autrui de l'appelante, mais il a rejeté l'action à l'égard de l'Église catholique. La Cour d'appel a confirmé le rejet de l'action visant l'Église catholique, mais elle a conclu, à la majorité, que l'appelante était responsable directement mais non selon le principe de la responsabilité du fait d'autrui.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

La conclusion de la juridiction inférieure selon laquelle l'appelante est directement responsable des torts causés aux demandeurs-intimés par suite du défaut des évêques de diriger adéquatement les activités de B et de prendre les mesures disciplinaires qui s'imposaient à l'endroit de ce dernier est confirmée. Les corporations ecclésiastiques comme St. George's sont créées pour servir, à l'échelle du diocèse, d'interface juridique entre l'Église catholique romaine et la communauté. Le fait de limiter l'objet de cette personne morale simple à l'acquisition, la possession et l'administration de biens tient compte seulement d'une partie du rôle qu'elle est censée jouer et l'ampute artificiellement de certaines de ses fonctions. L'évêque est une personne morale capable d'ester en justice devant tout tribunal, et ce à tous égards, et il est habilité à posséder des biens et à emprunter pour tous les besoins du diocèse. Si l'évêque fait preuve de négligence dans l'accomplissement de ses obligations, la corporation est alors directement responsable, parce que la charge d'évêque ou d'archevêque, l'entreprise diocésaine et la corporation épiscopale sont juridiquement synonymes.

L'appelante est également responsable du fait d'autrui à l'égard des torts causés aux demandeurs-

overwhelmingly satisfies the tests affirmed in *Bazley, Jacobi* and *K.L.B.* First, the relationship between the diocesan enterprise and B was sufficiently close. Second, it is clear that the necessary connection between the employer-created or enhanced risk and the wrong complained of is established. The bishop provided B with the opportunity to abuse his power, B's wrongful acts were strongly related to the psychological intimacy inherent in his role as priest and the bishop conferred an enormous degree of power on B relative to his victims.

The record here is too weak to permit the Court to responsibly embark on the important and difficult question of whether the Roman Catholic Church can be held liable in a case such as this.

The plaintiff-respondents' cross-appeal, asking that this Court reconsider and assess the liability of all the defendants, was brought "conditionally" and it was only to be pursued in the event that the appellant's appeal was allowed. Fairness requires that such representations not be disregarded, particularly where other parties have relied on them, and therefore the issues raised on the cross-appeal are not considered.

Cases Cited

Applied: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; **referred to:** *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xi; *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360.

Statutes and Regulations Cited

Act to Incorporate the Roman Catholic Bishop of St. George's, S.N. 1913, c. 12, ss. 1, 3, 5, 7.
Code of Canon Law (1983), Can. 528.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 215 Nfld. & P.E.I.R. 310, 20 C.C.E.L. (3d) 24, 644 A.P.R. 310, [2002] N.J. No. 218 (QL), 2002 NFCA 47, affirming in part a judgment of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division (2000), 190 Nfld. & P.E.I.R. 277, 1 C.C.L.T. (3d) 261, 576 A.P.R. 277, [2000] N.J. No. 203 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

intimés, étant donné que la preuve satisfait amplement au critère formulé dans les arrêts *Bazley, Jacobi* et *K.L.B.* Premièrement, le lien entre l'entreprise diocésaine et B était suffisamment étroit. Deuxièmement, le lien requis entre le risque créé ou exacerbé par l'employeur et le tort reproché a été clairement établi. L'évêque a fourni à B l'occasion d'abuser de ses pouvoirs, les méfaits de B étaient étroitement liés à la situation d'intimité psychologique inhérente à son rôle de prêtre et l'évêque a conféré à B des pouvoirs considérables à l'égard de ses victimes.

La preuve au dossier est trop mince pour permettre à la Cour d'examiner sérieusement la question difficile et importante de savoir si l'Église catholique romaine peut être tenue responsable dans une affaire comme la présente.

Le pourvoi incident formé par les demandeurs-intimés, qui demandent à la Cour de réexaminer la question de la responsabilité de tous les défendeurs et du partage de celle-ci entre ces derniers, a été présenté « conditionnellement », en ce sens que ses auteurs ont affirmé qu'ils n'y donneraient suite que si le pourvoi de l'appelante était accueilli. L'équité commande de ne pas faire abstraction de telles assertions, particulièrement lorsque d'autres parties s'y sont fiées. Par conséquent, les questions soulevées dans le pourvoi incident ne sont pas examinées.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; **arrêts mentionnés :** *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xi; *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360.

Lois et règlements cités

Act to Incorporate the Roman Catholic Bishop of St. George's, S.N. 1913, ch. 12, art. 1, 3, 5, 7.
Code de droit canonique (1983), canon 528.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 215 Nfld. & P.E.I.R. 310, 20 C.C.E.L. (3d) 24, 644 A.P.R. 310, [2002] N.J. No. 218 (QL), 2002 NFCA 47, qui a confirmé en partie un jugement de la Cour suprême de Terre-Neuve, section de première instance (2000), 190 Nfld. & P.E.I.R. 277, 1 C.C.L.T. (3d) 261, 576 A.P.R. 277, [2000] N.J. No. 203 (QL). Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Geoffrey D. E. Adair, Q.C., and Krista Springstead, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Gregory B. Stack, for the respondent/appellant on cross-appeal, John Doe.

Richard S. Rogers, for the respondent/appellant on cross-appeal, John Doe.

David G. L. Buffet, Q.C., for the respondents on cross-appeal, Alphonsus Penney, Raymond Lahey and James MacDonald.

James R. Adams, for the respondent on cross-appeal, the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's.

No one appeared for the respondent on cross-appeal, the Roman Catholic Church.

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

William J. Sammon, for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

Over a period of almost two decades, Father Kevin Bennett, a Roman Catholic priest in Newfoundland in the Diocese of St. George's, sexually assaulted boys in his parishes. Two successive bishops failed to take steps to stop the abuse. Ultimately, in 1979, a victim revealed the abuse to the Archbishop of the neighbouring diocese, St. John's, who was also Metropolitan of the broader ecclesiastical province. He referred the complaint to Bennett's Bishop but again nothing was done. The unnamed plaintiffs, 36 in number, suffered greatly as a consequence of the abuse. Now adults, they remain deeply wounded.

Geoffrey D. E. Adair, c.r., et Krista Springstead, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Gregory B. Stack, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident, M. Untel.

Richard S. Rogers, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident, M. Untel.

David G. L. Buffet, c.r., pour les intimés au pourvoi incident, Alphonsus Penney, Raymond Lahey et James MacDonald.

James R. Adams, pour l'intimée au pourvoi incident, Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's.

Personne n'a comparu pour l'intimée au pourvoi incident, l'Église catholique romaine.

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

William J. Sammon, pour l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Pendant presque deux décennies, le père Kevin Bennett, prêtre du diocèse catholique romain de St. George's à Terre-Neuve, a agressé sexuellement de jeunes garçons dans les paroisses qu'il desservait. Deux évêques qui se sont succédé à la tête du diocèse n'ont pris aucune mesure pour faire cesser les abus sexuels. Finalement, en 1979, l'une des victimes a révélé les agissements du prêtre à l'archevêque du diocèse voisin, St. John's. L'archevêque, qui était le métropolitain de la province ecclésiastique dont faisait partie le diocèse de St. George's, a communiqué la plainte à l'évêque dont relevait Bennett, mais une fois de plus rien n'a été fait. Les 36 demandeurs, qui ne sont pas désignés nommément, ont grandement souffert des agressions. Aujourd'hui devenus des adultes, ils conservent toujours de profondes blessures.

2

The plaintiff-respondents sued for the wrongs that had been done to them. They sued Father Bennett; the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's ("St. George's"); the bishop of St. George's at the time the lawsuit was commenced, Raymond Lahey; the archbishop of St. John's at the time of the abuse, Alphonsus Penney; the archbishop of St. John's at the time the lawsuit was commenced, James MacDonald; the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's ("St. John's"); and the Roman Catholic Church. Father Bennett's liability is not at issue before this Court. The main issue is the liability of St. George's.

3

The trial judge found Bennett directly liable; St. George's and Bishop Lahey vicariously liable, and Archbishop Penney liable in negligence. He dismissed the claims against Archbishop MacDonald, St. John's and the Roman Catholic Church ((2000), 190 Nfld. & P.E.I.R. 277).

4

The Court of Appeal set aside the findings of personal liability against Archbishop Penney and Bishop Lahey, and upheld the dismissal of the action against Archbishop MacDonald, St. John's and the Roman Catholic Church. The majority found St. George's directly but not vicariously liable ((2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47).

5

St. George's appealed the finding of direct negligence to this Court, and argued in addition that the Roman Catholic Church was liable. The plaintiff-respondents replied that St. George's is not only directly, but also vicariously liable for Bennett's wrongs. The plaintiff-respondents also filed a cross-appeal asserting the liability of Lahey, MacDonald, Penney, St. John's and the Roman Catholic Church. However, they also asserted that the cross-appeal was conditional on the success of St. George's appeal from liability and need not be considered in the event St. George's appeal was dismissed.

Pour obtenir réparation des torts qu'ils avaient subis, les demandeurs-intimés ont poursuivi le père Bennett, la Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's (« St. George's »), l'évêque de St. George's au moment du dépôt des poursuites, Raymond Lahey, l'archevêque de St. John's à l'époque des agressions, Alphonsus Penney, l'archevêque de St. John's au moment du dépôt des poursuites, James MacDonald, la Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's (« St. John's ») et l'Église catholique romaine. La responsabilité du père Bennett n'est pas en cause devant notre Cour. La principale question en litige est la responsabilité de St. George's.

Le juge de première instance a conclu que le père Bennett était directement responsable, que St. George's et l'évêque Lahey étaient responsables du fait d'autrui et que l'archevêque Penney était responsable pour cause de négligence. Il a rejeté l'action à l'égard de l'archevêque MacDonald, de St. John's et de l'Église catholique romaine ((2000), 190 Nfld. & P.E.I.R. 277).

La Cour d'appel a infirmé les conclusions de responsabilité personnelle prononcées contre l'archevêque Penney et l'évêque Lahey, mais elle a confirmé le rejet de l'action en ce qui concerne l'archevêque MacDonald, St. John's et l'Église catholique romaine. Les juges majoritaires ont conclu que St. George's était responsable directement, mais qu'elle ne l'était pas selon le principe de la responsabilité du fait d'autrui ((2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47).

St. George's se pourvoit devant notre Cour contre la conclusion de négligence directe et prétend en outre que l'Église catholique romaine doit être tenue responsable. Les demandeurs-intimés répondent que St. George's est responsable des actes fautifs du père Bennett non seulement directement, mais aussi suivant le principe de la responsabilité du fait d'autrui. Ils ont également déposé un pourvoi incident, dans lequel ils demandent à notre Cour de conclure à la responsabilité de Lahey, MacDonald, Penney, St. John's et l'Église catholique romaine. Ils précisent toutefois que leur pourvoi incident est tributaire du résultat du pourvoi formé par St. George's et qu'il n'aura pas à être entendu si ce pourvoi est rejeté.

II. The Appeal

The main issue on the appeal is whether St. George's is liable to the plaintiff-respondents and if so, on what basis. St. George's contends it is neither directly nor vicariously liable; the plaintiff-respondents assert they are liable on both grounds. St. George's also argues that the Roman Catholic Church is liable.

A. *Direct Liability*

All of the abuse took place in the diocese of St. George's. A Roman Catholic diocese is a territorial enterprise, composed of a number of parishes and administered by a bishop or archbishop. Dioceses are constituted by the Pope, who also appoints bishops and archbishops. A number of dioceses may form an ecclesiastical province. It is common for legislation to incorporate bishops and archbishops as episcopal corporations. I conclude that the episcopal corporation is the secular arm of the bishop or archbishop for all purposes. The office of bishop/archbishop, the enterprise of the diocese and the episcopal corporation are legally synonymous.

The argument for direct liability of St. George's is as follows:

- (1) The bishops of St. George's in charge of Bennett (Bishops O'Reilly and McGrath successively) knew or ought to have known that Bennett was abusing the plaintiff-respondents and negligently did nothing to stop the assaults from continuing;
- (2) The bishops (successively) constituted the corporation sole of St. George's under the relevant legislation and acted on its behalf.

II. Le pourvoi

⁶ La principale question en litige dans le pourvoi consiste à se demander si St. George's est responsable envers les demandeurs-intimés et, dans l'affirmative, sur quelle base. St. George's prétend qu'elle n'a aucune responsabilité, ni directement ni par application du principe de la responsabilité du fait d'autrui. Pour leur part, les demandeurs-intimés affirment que St. George's est responsable sur ces deux fondements. St. George's soutient en outre que l'Église catholique romaine doit être tenue responsable.

A. *La responsabilité directe*

⁷ Toutes les agressions ont été perpétrées dans le diocèse de St. George's. Un diocèse de l'Église catholique romaine est une « entreprise » territoriale composée d'un certain nombre de paroisses et administrée par un évêque ou un archevêque. C'est le pape qui crée les diocèses et nomme les évêques et les archevêques. Dans certains cas, un groupe de diocèses forme une province ecclésiastique. Il arrive fréquemment que l'évêque ou l'archevêque possède la personnalité morale en vertu d'une loi le constituant en corporation épiscopale. Je conclus que la corporation épiscopale est, à tous égards, le bras séculier de l'évêque ou de l'archevêque. La charge d'évêque ou d'archevêque, l'entreprise diocésaine et la corporation épiscopale sont juridiquement synonymes.

⁸ Voici les arguments invoqués à l'appui de la thèse de la responsabilité directe de St. George's :

- (1) les évêques de St. George's dont le père Bennett a successivement relevé (les évêques O'Reilly et McGrath) savaient ou auraient dû savoir que celui-ci se livrait à des agressions contre les demandeurs-intimés, et ils ont fait montre de négligence en ne prenant aucune mesure pour mettre fin à ces agressions;
- (2) ces évêques ont (successivement) constitué la personne morale simple qu'est St. George's en vertu des dispositions législatives pertinentes et ils agissaient au nom de celle-ci;

(3) Therefore St. George's is directly liable for these acts and omissions.

9 St. George's concedes the first proposition (the negligence of Bishops O'Reilly and McGrath) and does not seriously dispute the second. Its only argument is that St. George's is not liable for the Bishops' negligence, because the corporation sole's activities and powers are confined to holding property and do not extend to the placement, direction and discipline of priests.

10 The narrow issue is therefore whether the corporation sole's activities and liability are confined to matters pertaining to its property. The courts below rejected this proposition. So would I. I base this conclusion on the legislation creating the corporation sole and on its function or purpose.

11 The purpose for which ecclesiastical corporations sole like St. George's are created is to serve as a point of legal interface between the Roman Catholic Church and the community at the diocesan level. The Church is at one and the same time a spiritual presence in the community and a secular actor in the community. The task of the corporation sole is to provide a bridge between the two spheres for the diocese. On a secular level, the Church interacts with members of the diocesan community in a host of ways. It carries on a variety of religious, educational and social activities. It makes contracts with employees. It transports parishioners. It sponsors charitable events. It purchases and sells goods and property. To do these things, it requires a legal personality. That personality is the corporation sole. To restrict the purpose of the corporation sole to the acquisition, holding and administration of property is to capture only a portion of the purpose it is intended to serve and to artificially truncate its functions.

12 The role of the corporation sole as a legal interface between the Church and the community is

(3) St. George's est en conséquence directement responsable de ces actions et omissions.

St. George's concède le premier argument (la négligence des évêques O'Reilly et McGrath) et ne conteste pas sérieusement le deuxième. St. George's plaide seulement qu'elle n'est pas responsable pour la négligence des évêques, parce que les pouvoirs et activités de la personne morale simple se limitent aux opérations concernant ses biens et ne portent ni sur l'assignation et la direction des prêtres, ni sur la prise de mesures disciplinaires à leur endroit.

L'étroite question qu'il faut trancher consiste donc à se demander si les activités de la personne morale simple et, partant, sa responsabilité se limitent aux opérations touchant ses biens. Les tribunaux inférieurs ont rejeté cet argument. Je suis moi aussi d'avis de le rejeter. Je base cette conclusion sur la loi constituant la personne morale simple et sur le rôle ou l'objet de celle-ci.

Les corporations ecclésiastiques comme St. George's sont créées pour servir, à l'échelle du diocèse, d'interface juridique entre l'Église catholique romaine et la communauté. L'Église constitue à la fois une présence spirituelle et un intervenant séculier dans la communauté. La personne morale simple sert de pont entre ces deux aspects. Comme intervenant séculier, l'Église interagit de multiples façons avec les membres de la communauté diocésaine. Elle accomplit de nombreuses activités religieuses, sociales et éducatives. Elle conclut des contrats avec ses employés. Elle transporte des paroissiens. Elle parraine des activités de bienfaisance. Elle achète et vend des biens meubles et immeubles. Pour faire tout cela, il lui faut la personnalité juridique. C'est la personne morale simple qui est dotée de cette personnalité. Le fait de limiter l'objet de cette personne morale simple à l'acquisition, la possession et l'administration de biens tient compte seulement d'une partie du rôle qu'elle est censée jouer et l'ampute artificiellement de certaines de ses fonctions.

C'est la loi constituant la personne morale simple — *An Act to Incorporate the Roman Catholic*

set forth in the legislation creating it, *An Act to Incorporate the Roman Catholic Bishop of St. George's*, S.N. 1913, c. 12. The Act, quite simply, incorporates the office of bishop, in all its aspects. It does not confine itself to the holding of property belonging to the diocese.

Section 1 of the Act states that “the Roman Catholic Bishops from time to time of the Diocese of St. George’s . . . shall be a body corporate . . . for the purpose of holding lands and property, personal or otherwise”. However, the language of other sections makes it clear the Corporation’s powers are not confined to property. Section 3 provides:

The Corporation shall have perpetual succession and a corporate seal, with power to alter the same, and by the name of the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George’s shall be capable in law of suing and being sued, pleading and being impleaded in all Courts and places whatsoever, and shall have power to take and to hold lands, and all other property whatsoever for ecclesiastical, charitable and educational purposes and uses of the Roman Catholic Church, and to lease, sell, convey and dispose of the same. [Emphasis added.]

This section permits the Corporation to be sued on all matters, not just those relating to property.

Section 5 states the Corporation’s property is held “for charitable, ecclesiastical and educational uses of the Roman Catholic Church”, indicating legislative intent that the corporation sole should carry on and be responsible for the wide panoply of Church activities in the diocese. Similarly, s. 7 gives the Corporation the power “to borrow money for the purpose of the said Diocese” (emphasis added), without restricting that purpose.

In sum, the bishop is a corporation capable of suing and being sued “in all Courts” with respect to all matters, and has the power to hold property and

Bishop of St. George's, S.N. 1913, ch. 12 (la « Loi ») — qui définit le rôle de celle-ci comme interface juridique entre l’Église et la communauté. La Loi a concrètement pour effet de doter de la personnalité juridique la charge d’évêque, et ce dans tous ses aspects. Elle ne fait pas simplement qu’habiliter la personne morale à s’occuper des biens du diocèse.

L’article 1 de la Loi dispose que [TRADUCTION] « les évêques du diocèse de St. George’s [. . .] sont constitués en personne morale [. . .] et habilités à être titulaires de biens-fonds et d’autres biens, personnels ou autres ». Toutefois, il ressort clairement du texte d’autres dispositions de la Loi que les pouvoirs de la corporation ecclésiastique de St. George’s ne se limitent pas seulement aux opérations touchant ses biens. L’article 3 de la Loi précise d’ailleurs ce qui suit :

[TRADUCTION] La Corporation a succession perpétuelle. Elle a un sceau qu’elle peut modifier et, sous le nom de Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George’s, elle peut ester en justice devant tout tribunal et elle peut acquérir et posséder des biens-fonds et tout autre type de biens pour les activités ecclésiastiques, charitables et éducatives de l’Église catholique romaine, et aliéner de tels biens, notamment par location, vente ou transport. [Je souligne.]

Suivant cette disposition, la corporation peut être poursuivie en justice à tous égards, non seulement à l’égard de ses biens.

Aux termes de l’art. 5, les biens de la corporation sont détenus [TRADUCTION] « pour les activités ecclésiastiques, charitables et éducatives de l’Église catholique romaine », ce qui témoigne de l’intention du législateur que la corporation s’acquitte de la vaste gamme des activités de l’Église dans le diocèse et qu’elle en assume la responsabilité. De même, l’art. 7 donne à la corporation le pouvoir [TRADUCTION] « d'emprunter pour les besoins du diocèse » (je souligne), sans assortir ces besoins de quelque restriction que se soit.

En résumé, l’évêque est une personne morale capable d’ester en justice devant « tout tribunal », et ce à tous égards, et il est habilité à posséder des

13

14

15

borrow money for all diocesan purposes. The corporation can fairly be described as the temporal or secular arm of the bishop. The argument that only the bishop's acts relating to property are acts of the corporation must be rejected. All temporal or secular actions of the bishop are those of the corporation. This includes the direction, control and discipline of priests, which are the responsibility of the bishop. If the bishop is negligent in the discharge of these duties, the corporation is directly liable. Furthermore, this liability remains with the corporation sole, as a continuing legal entity, even when the bishop initially responsible moves from the diocese or retires from his position.

biens et à emprunter pour tous les besoins du diocèse. Il est juste de dire que la corporation est le bras séculier ou l'instrument temporel de l'évêque. L'argument voulant que seuls les actes de l'évêque se rapportant à des biens soient des actes de la corporation doit être rejeté. Tous les actes temporels ou séculiers de l'évêque sont des actes de la personne morale. Sont notamment visés la direction et la surveillance des prêtres et l'exercice de la discipline à leur endroit, autant de responsabilités dont l'évêque est chargé. Si ce dernier fait preuve de négligence dans l'accomplissement de ces obligations, la corporation est alors directement responsable. De plus, en tant qu'entité juridique permanente, la personne morale simple demeure responsable, même lorsque l'évêque qui était responsable à l'origine change de diocèse ou prend sa retraite.

16 I would confirm the conclusion below that the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's is directly liable for the wrongs to the plaintiff-respondents resulting from its bishops' failure to properly direct and discipline Father Bennett.

Je suis d'avis de confirmer la conclusion de la juridiction inférieure selon laquelle la Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's est directement responsable des torts causés aux demandeurs-intimés par suite du défaut des évêques de surveiller adéquatement le père Bennett et de prendre les mesures disciplinaires qui s'imposaient à son endroit.

B. *Vicarious Liability*

17 The plaintiff-respondents also seek a finding that the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's is vicariously liable for Father Bennett's assaults, as his employer. The doctrine of vicarious liability imputes liability to the employer or principal of a tortfeasor, not on the basis of the fault of the employer or principal, but on the ground that as the person responsible for the activity or enterprise in question, the employer or principal should be held responsible for loss to third parties that result from the activity or enterprise.

B. *La responsabilité du fait d'autrui*

Les demandeurs-intimés demandent également à la Cour de conclure à la responsabilité du fait d'autrui de la Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's, en sa qualité d'employeur du père Bennett, à l'égard des agressions sexuelles commises par celui-ci. Conformément à la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui, l'employeur ou le mandant de l'auteur d'un délit civil est tenu responsable non pas parce que l'employeur ou le mandant aurait commis une faute, mais parce que, en tant que personne responsable de l'activité ou entreprise pertinente, il doit répondre des dommages causés par celle-ci à des tiers.

18 The trial judge found St. George's vicariously liable for the assaults committed by Father Bennett. The majority of the Court of Appeal, *per*

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité du fait d'autrui de St. George's pour les agressions commises par le père Bennett. Dans

Marshall J.A., reversed this finding, emphasizing that Bennett's actions violated the norms of the Church and the charitable, non-profit nature of the diocese's activities. The dissenting justice, Cameron J.A., held vicarious liability to be established. In my view, the majority of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal erred on this point and the view of the dissent is to be preferred.

This Court considered the application of the doctrine of vicarious liability to the tort of assault of children in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, and *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51. The decisions affirm the same test for vicarious liability.

In *Bazley*, the Court suggested that the imposition of vicarious liability may usefully be approached in two steps. First, a court should determine whether there are precedents which unambiguously determine whether the case should attract vicarious liability. "If prior cases do not clearly suggest a solution, the next step is to determine whether vicarious liability should be imposed in light of the broader policy rationales behind strict liability": *Bazley*, at para. 15; *Jacobi*, at para. 31. Vicarious liability is based on the rationale that the person who puts a risky enterprise into the community may fairly be held responsible when those risks emerge and cause loss or injury to members of the public. Effective compensation is a goal. Deterrence is also a consideration. The hope is that holding the employer or principal liable will encourage such persons to take steps to reduce the risk of harm in the future. Plaintiffs must show that the rationale behind the imposition of vicarious liability will be met on the facts in two respects. First, the relationship between the tortfeasor and the person against whom liability is sought must be sufficiently close. Second, the wrongful act must be sufficiently connected to the conduct authorized by the employer. This is necessary to ensure that the goals of fair and effective

l'opinion majoritaire rédigée par le juge Marshall, la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a infirmé cette conclusion, soulignant que les agissements de Bennett violaient les normes de l'Église, de même que la nature charitable et non lucrative des activités du diocèse. Le juge Cameron, s'exprimant pour les juges dissidents, a estimé que la responsabilité du fait d'autrui avait été établie. Je suis d'avis que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur sur cette question et qu'il faut retenir la position des juges dissidents.

Notre Cour a déjà examiné l'application de la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui au délit civil d'agression contre des enfants dans les arrêts *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, et *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51. Ces arrêts appliquent le même critère en matière de responsabilité du fait d'autrui.

Dans l'arrêt *Bazley*, la Cour a mentionné qu'il pourrait être utile de suivre les deux étapes suivantes pour statuer sur la question de la responsabilité du fait d'autrui. Le tribunal doit d'abord décider s'il existe des précédents établissant sans équivoque qu'il se trouve en présence d'une affaire où il y a lieu de conclure à la responsabilité du fait d'autrui. « Si aucune solution ne ressort clairement de la jurisprudence, la prochaine étape consiste à décider si la responsabilité du fait d'autrui devrait être imputée compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité stricte » : *Bazley*, par. 15; *Jacobi*, par. 31. L'application de la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui repose sur le principe selon lequel il est juste que la personne qui établit dans une collectivité une entreprise créant des risques pour cette dernière soit tenue responsable lorsque les risques en question se matérialisent et causent des préjudices matériels ou physiques à des membres du public. L'indemnisation efficace est un des objectifs poursuivis. La dissuasion en est un autre. On espère ainsi que, par crainte de voir leur responsabilité engagée, les employeurs ou mandants soient incités à prendre des mesures pour réduire les risques de préjudice. Dans de telles affaires, les demandeurs doivent établir que les faits justifient

19

20

compensation and deterrence of future harm are met: *K.L.B.*, *supra*, at para. 20.

21 In determining whether there is a sufficient connection in the case of intentional torts, factors to be considered include, but are not limited to the following (*Bazley*, *supra*, at para. 41):

- (a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power;
- (b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer's aims (and hence be more likely to have been committed by the employee);
- (c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise;
- (d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim;
- (e) the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power.

The employer's control over the employee's activities is one indication of whether the employee is acting on his or her employer's behalf: *K.L.B.*, *supra*, at para. 22. At the heart of the inquiry lies the question of power and control by the employer: both that exercised over and that granted to the employee. Where this power and control can be identified, the imposition of vicarious liability will compensate fairly and effectively.

22 In *Bazley*, *supra*, vicarious liability was imposed on a non-profit association operating residential care facilities for children, in an action brought by a former resident for sexual assault by a child care counsellor. The Court unanimously rejected the argument that non-profit bodies should be protected

l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, et ce à deux égards. Premièrement, il doit exister une relation suffisamment étroite entre l'auteur du délit et la personne que l'on cherche à faire déclarer responsable. Deuxièmement, l'acte fautif (ou méfait) doit être suffisamment lié à la conduite autorisée par l'employeur. Le respect de ces conditions est nécessaire pour satisfaire aux objectifs d'indemnisation juste et efficace et de dissuasion : *K.L.B.*, précité, par. 20.

Voici une liste non exhaustive de facteurs à examiner pour statuer sur l'existence du lien suffisant en cas de délits civils intentionnels (*Bazley*, précité, par. 41) :

- a) l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir;
- b) la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur (et avoir donc été plus susceptible d'avoir été commis par l'employé);
- c) la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur;
- d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime;
- e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.

La surveillance exercée par l'employeur sur les activités de l'employé est un indice permettant de savoir si ce dernier agit ou non pour le compte de son employeur : *K.L.B.*, précité, par. 22. L'aspect central de l'analyse est la question du pouvoir et de la supervision exercés par l'employeur : tant le pouvoir et la surveillance exercés sur l'employé que le pouvoir accordé à celui-ci. Lorsque le pouvoir et la surveillance satisfont le critère pertinent, l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui assure une indemnisation juste et efficace.

Dans l'arrêt *Bazley*, précité, une association à but non lucratif exploitant un foyer pour enfants a été jugée responsable du fait d'autrui au terme d'une action intentée par un ancien résident, relativement à des agressions sexuelles reprochées à un conseiller en puériculture. La Cour a rejeté à l'unanimité

from tort liability in the public interest. The relationship between the employer and employee was sufficiently close, while the wrongful act was a manifestation of risks inherent in the employer's enterprise.

In the companion case, *Jacobi*, *supra*, the majority of the Court found a non-profit Boys' and Girls' Club not vicariously liable for sexual assaults committed by its employee, the program director, some of them in the course of excursions relating to the children's sports activities. Applying the test set out in *Bazley*, *supra*, the majority found the required connection between the employer's enterprise and the wrong had not been established. In the view of the majority, the facts established a much weaker connection than in *Bazley*: the level of intimacy was much less; the job did not require the employee to be alone with the child; the offence occurred off-premises and outside working hours; and the employee had established his own "bait" of home attractions. These facts, the majority held, negated the required strong connection between the risks inherent in the employer's enterprise and the wrong. Whatever power Griffiths used, Binnie J. wrote, it was not conferred by the Club, nor was it characteristic of the type of enterprise the Club put into the community. A minority of three justices found vicarious liability to be established, notwithstanding these differences.

In my respectful opinion, the majority of the Court of Appeal erred in reading *Jacobi* as suggesting that its effect is that non-profit employers should not be held vicariously liable for sexual assaults by their employees. The unanimous opinion in *Bazley*, which also involved a non-profit employer, and both the majority and dissenting opinions in *Jacobi*, are all inconsistent with this conclusion. The majority reasons in *Jacobi* suggest that non-profit status may sometimes negatively impact on the policy rationales that underlie the imposition of vicarious

l'argument selon lequel l'intérêt public commande d'exonérer les organismes sans but lucratif de toute responsabilité civile délictuelle. Le lien entre l'employeur et l'employé était suffisamment étroit et les actes fautifs étaient une manifestation des risques inhérents de l'entreprise de l'employeur.

23

Dans l'affaire connexe, *Jacobi*, précitée, la majorité de la Cour a jugé qu'un organisme sans but lucratif, le Boys' and Girls' Club, n'était pas responsable du fait d'autrui à l'égard des agressions sexuelles commises par un de ses employés, le directeur du programme, agressions dont certaines avaient été perpétrées à l'occasion de sorties liées aux activités sportives des enfants. Appliquant le critère énoncé dans *Bazley*, précité, les juges majoritaires ont conclu que l'existence du lien nécessaire entre l'entreprise de l'employeur et le tort causé n'avait pas été établie. De l'avis de la majorité, les faits montraient l'existence d'un lien beaucoup plus faible que dans l'affaire *Bazley* : le degré d'intimité était beaucoup moins grand; le travail n'exigeait pas que l'employé soit seul avec l'enfant; l'infraction avait été commise ailleurs que dans les locaux de l'organisme et en dehors des heures de travail; l'employé avait aménagé chez lui son propre matériel de divertissement pour « attirer » les enfants. Pour les juges majoritaires, ces faits n'étaient pas compatibles avec l'existence du lien solide requis entre les risques inhérents à l'entreprise de l'employeur et le tort causé. Selon le juge Binnie, quel que soit le pouvoir que Griffiths avait utilisé, ce pouvoir n'était pas propre au type d'entreprise que le Club avait implanté dans la collectivité. Malgré ces différences, les trois juges minoritaires ont conclu à la responsabilité du fait d'autrui de l'entreprise.

24

À mon humble avis, j'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en considérant qu'il ressort de l'arrêt *Jacobi* que les employeurs exploitant une entreprise sans but lucratif ne doivent pas être tenus responsables du fait d'autrui pour les agressions sexuelles commises par leurs employés. Ni l'opinion unanime exprimée dans l'arrêt *Bazley*, qui portait lui aussi sur un tel employeur, ni les opinions majoritaires et minoritaires exposées dans l'arrêt *Jacobi* ne permettent de tirer une telle conclusion. Les motifs des juges majoritaires

liability; however, they do not state that non-profit employers should not be held vicariously liable; nor do they affirm the old doctrine of charitable immunity. In the result, the majority held (at para. 78) that

"fairness" to these non-profit organizations is entirely compatible with vicarious liability provided that a *strong* connection is established between the enterprise risk and the sexual assault. [Emphasis in original.]

The majority in *Jacobi* grounds its conclusion firmly in the factors relevant to the connection between the employer's creation of risk and the wrong complained of as expressed in *Bazley*, notably the absence of job-conferred power.

25 In *K.L.B.*, the majority of the Court held that vicarious liability should not be extended to the relationship between governments and foster parents for assaults on the children in their care. The highly independent manner in which foster parents discharge their duties meant that the connection between them and the government was too weak for foster parents to be reasonably perceived as acting on behalf of the government: *K.L.B.*, *supra*, at para. 25. Therefore, the relationship between foster parents and the government was not sufficiently close to ground imposition of vicarious liability.

26 In the present case, the relevant precedents dealing with church-related activities do not clearly determine the issue, although they tend to support the imposition of vicarious liability on the episcopal corporation. In *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xi), the Nova Scotia Court of Appeal reversed the trial judge's finding that the Roman Catholic & Episcopal Corporation of

dans l'arrêt *Jacobi* indiquent que la qualité d'organisme à but non lucratif peut quelquefois faire échec aux considérations de politique générale à la base de l'application du principe de la responsabilité du fait d'autrui. Toutefois, ces motifs ne disent pas que les employeurs exploitant une entreprise à but non lucratif ne sauraient être tenus responsables du fait d'autrui, pas plus qu'ils ne confirment la vieille doctrine de l'exonération des organismes de bienfaisance. En définitive, la majorité a tiré la conclusion suivante, au par. 78 :

... « l'équité » envers ces organismes sans but lucratif est tout à fait compatible avec la responsabilité du fait d'autrui, pourvu que l'on établisse l'existence d'un lien *solide* entre le risque d'entreprise et l'agression sexuelle commise. [Soulignement et italique dans l'original.]

Dans l'arrêt *Jacobi*, la conclusion des juges majoritaires s'appuie fermement sur les facteurs énoncés dans l'arrêt *Bazley*, facteurs pertinents à l'égard du lien entre le risque créé par l'employeur et le tort reproché, notamment l'absence de pouvoir conféré par les fonctions.

Dans l'arrêt *K.L.B.*, les juges majoritaires ont conclu qu'il ne fallait pas appliquer la responsabilité du fait d'autrui aux rapports entre l'État et les parents de famille d'accueil à l'égard des agressions commises par ces derniers à l'endroit des enfants confiés à leurs soins. Vu l'indépendance considérable avec laquelle les parents de famille d'accueil s'acquittent de leur rôle, le lien entre ceux-ci et l'État était trop tenu pour qu'il soit possible de considérer raisonnablement que les premiers agissaient pour le compte de l'État : *K.L.B.*, précité, par. 25. En conséquence, le lien entre les parents de famille d'accueil et l'État n'était pas suffisamment étroit pour imputer à ce dernier la responsabilité du fait d'autrui.

En l'espèce, les précédents pertinents portant sur des activités liées à l'Église ne tranchent pas clairement la question, quoiqu'ils tendent à appuyer la conclusion que la corporation épiscopale devrait être déclarée responsable du fait d'autrui. Dans l'affaire *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xi), la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé la conclusion du juge de première

Antigonish was vicariously liable for sexual assaults committed by a priest on children in the parish. A key factor was that the priest had acted “totally contrary to the religious tenets which he has sworn to uphold” (para. 47). In *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (S.C.), the court declined to follow *Mombourquette* and held the Catholic Church, through its Bishop of Nelson, to be both negligent and vicariously liable for sexual assaults committed by a priest. The trial judge emphasized the job-conferred power of a priest over church youth. Although the case law does not provide a clear answer, the facts of *Pornbacher* (as well as *Mombourquette*) more closely resemble *Bazley* than *Jacobi*.

The relationship between the bishop and a priest in a diocese is not only spiritual, but temporal. The priest takes a vow of obedience to the bishop. The bishop exercises extensive control over the priest, including the power of assignment, the power to remove the priest from his post and the power to discipline him. It is akin to an employment relationship. The incidents of control far exceed those characterizing the relationship between foster parents and the government, discussed in *K.L.B.*, and, as will become evident below, the priest is reasonably perceived as an agent of the diocesan enterprise. The relationship between the bishop and the priest is sufficiently close. Applying the relevant test to the facts, it is also clear that the necessary connection between the employer-created or enhanced risk and the wrong complained of is established.

First, the bishop provided Bennett with the opportunity to abuse his power. As noted by the trial judge, at para. 26, “the vast majority of all the activities which [Bennett] organized and in which he was always accompanied by boys, were activities which he organized and controlled in his capacity as

instance selon laquelle la Roman Catholic & Episcopal Corporation of Antigonish était responsable du fait d'autrui à l'égard des agressions sexuelles commises par un prêtre contre des enfants dans la paroisse. Un facteur clé était le fait que le prêtre avait agi [TRADUCTION] « tout à fait à l'opposé des préceptes religieux qu'il a[vait] juré de défendre » (par. 47). Dans l'affaire *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (C.S.), le tribunal a refusé de suivre larrêt *Mombourquette* et il a jugé que l'Église catholique, par son évêque de Nelson, avait fait preuve de négligence et était responsable du fait d'autrui à l'égard des agressions sexuelles commises par le prêtre concerné. Le juge du procès a insisté sur le pouvoir que, de par son travail, le prêtre détenait sur les enfants confiés à l'Église. Bien que la jurisprudence n'apporte pas de réponse claire, les faits de l'affaire *Pornbacher* (et de l'affaire *Mombourquette*) ressemblent davantage à ceux de l'arrêt *Bazley* qu'à ceux de l'arrêt *Jacobi*.

Dans un diocèse, la relation entre l'évêque et les prêtres est non seulement d'ordre spirituel mais aussi d'ordre temporel. Les prêtres font vœu d'obéissance à l'évêque, lequel exerce sur eux une autorité considérable. Il a notamment le pouvoir de décider de leur lieu de travail, de les relever de leurs fonctions et de prendre des mesures disciplinaires à leur endroit. C'est une relation qui s'apparente à une relation employeur-employé. Les manifestations d'autorité excèdent largement celles caractérisant les relations entre l'État et les parents des familles d'accueil, examinées dans l'arrêt *K.L.B.*, et, comme on le verra clairement plus loin, le prêtre est raisonnablement considéré comme un représentant de l'entreprise diocésaine. Le lien entre l'évêque et le prêtre est suffisamment étroit. En outre, l'application du critère pertinent aux faits de l'espèce établit clairement l'existence du lien requis entre le risque créé ou exacerbé par l'employeur et le tort reproché.

Premièrement, l'évêque a fourni au père Bennett l'occasion d'abuser de ses pouvoirs. Comme l'a signalé le juge de première instance au par. 26 de ses motifs : [TRADUCTION] « la vaste majorité des activités mises sur pied par [le père Bennett] et à l'occasion desquelles il était toujours accompagné

parish priest". Canon 528 of the *Code of Canon Law* directs a parish priest to "have a special care for the catholic education of children and young people", and involvement with children was clearly an expected role for a parish priest. As priest, Bennett directed altar boys, led a parish band, involved boys in renovation and construction projects, was active in the Boy Scout troop, and engaged boys in various fundraising and parochial activities. All of these opportunities came via his appointment and placement as parish priest by the bishop.

de jeunes garçons étaient des activités qu'il organisait et dirigeait en tant que curé ». Comme le canon 528 du *Code de droit canonique* précise que le curé « apportera un soin particulier à l'éducation catholique des enfants et des jeunes », il est clair qu'on s'attend à ce que, dans son rôle de curé de la paroisse, le prêtre intervienne auprès des enfants. En tant que prêtre, le père Bennett supervisait les enfants de chœur, en plus de diriger l'orchestre paroissial, de participer aux activités de la troupe scoute et de faire participer les jeunes garçons à des projets de rénovation et de construction ainsi qu'à diverses activités paroissiales ou de levée de fonds. Toutes ces occasions découlaient de sa nomination et de son assignation par l'évêque comme curé de la paroisse.

29 Second, Bennett's wrongful acts were strongly related to the psychological intimacy inherent in his role as priest. As explained by Cameron J.A., at para. 184: "The Church encourages psychological intimacy between a priest and the members of the parish. A priest may not have to bathe children [as in *Bazley*] but he, like parents, teaches them right from wrong, he represents God and they are to accept his instructions in spiritual matters." This psychological intimacy encourages victims' submission to abuse and increases the opportunity to abuse, partly by satisfying parents "that their children [are] in good hands while in the care and control of their priest" (trial decision, at para. 21). A church member's personal identity is closely intertwined with his or her faith and its institutional expression, which may nurture trust in the institution's hierarchy from a young age, granting it considerable power.

Deuxièmement, les méfaits du père Bennett étaient étroitement liés à la situation d'intimité psychologique inhérente à son rôle de prêtre. Comme l'a expliqué le juge Cameron, au par. 184, [TRADUCTION] « L'Église encourage l'intimité psychologique des paroissiens et du curé. Le curé n'est peut-être pas appelé à donner le bain aux enfants [comme dans l'affaire *Bazley*], mais, à l'instar des parents, il leur enseigne à distinguer le bien du mal, il est le représentant de Dieu et ils doivent écouter ses directives en matière spirituelle. » Cette intimité psychologique favorise une attitude de soumission devant les abus et accroît les occasions d'abus, en partie parce que les parents sont convaincus [TRADUCTION] « que leurs enfants [sont] entre bonnes mains lorsqu'ils sont confiés à la garde et à la surveillance de leur curé » (décision de première instance, par. 21). L'identité d'un fidèle est intimement liée à sa foi et à l'expression de celle-ci au sein de l'institution, ce qui peut l'amener, et ce dès un très jeune âge, à accorder sa confiance à la hiérarchie religieuse, situation qui investit celle-ci d'un pouvoir considérable.

30 Third, the bishop conferred an enormous degree of power on Bennett relative to his victims. The power imbalance was intensified in St. George's diocese due to a number of factors. The parishes in which Bennett worked were geographically isolated, impacting on the opportunities for, and extent and frequency of, the sexual assaults and

Troisièmement, l'évêque a conféré au père Bennett des pouvoirs considérables à l'égard de ses victimes. Dans le diocèse de St. George's, d'autres facteurs ont exacerbé le déséquilibre du rapport de forces. L'isolement géographique des paroisses où le père Bennett était affecté a influé sur les occasions qu'il a eues de commettre des agressions sexuelles

contributing to their remaining unchecked for many years. The communities were entirely Roman Catholic and the devoutly religious inhabitants placed the Church at the centre of their daily lives. There were few other authority figures; the communities lacked municipal government, diverse business activities, secular organizations, police, courts or any other form of community leadership, leaving that role entirely to the parish priest. The only schools were denominational, and as such, were influenced by the priest, who served as the only local representative of the distant school board.

Bennett had enormous stature because of his position as parish priest, both to the boys and to their parents. The plaintiffs perceived him as a “god” — quite logically given his centrality in the community and the disparity in lifestyles between himself and his parishioners. As the school principal, Kerry Dwyer, testified, “It was like having a celebrity in the community that you had to treat properly. . . [T]here were incidents where I found people believed that the priest could turn you into a goat.” Or, as one victim stated, when he asked his father if he should sleep over at Bennett’s house as Bennett had requested, “my dad said of course, he’s the priest”. While Bennett had a particularly forceful personality, the root of his power over his victims lay in his role as a priest, conferred by the bishop. The trial judge summed it up eloquently, at para. 28: “The awe in which Father Bennett was held by the community at large contributed to his ability to control his victims and thus to satisfy a prodigious appetite for constant sexual gratification.”

In summary, the evidence overwhelmingly satisfies the tests affirmed in *Bazley*, *Jacobi* and *K.L.B.* The relationship between the diocesan enterprise

ainsi que sur l’ampleur et la fréquence de ces agressions, et il a en outre contribué à ce que son comportement perdure des années sans qu’on y mette fin. Les collectivités concernées étaient entièrement catholiques romaines et les fidèles, qui étaient très dévots, plaçaient l’Église au centre de leur vie quotidienne. Il y avait très peu d’autres symboles d’autorité; ces collectivités ne possédaient pas de gouvernement municipal, les activités commerciales y étaient peu diversifiées, et on n’y trouvait pas d’organismes laïcs, ni de service de police, de tribunaux ou d’autres formes de leadership communautaire, ce rôle devenant de ce fait l’apanage du curé. Les seules écoles étaient des écoles confessionnelles et subissaient donc l’influence du curé, qui était le seul représentant local du lointain conseil scolaire.

En sa qualité de curé, le père Bennett jouissait d’un prestige énorme, tant auprès des jeunes garçons que de leurs parents. Les demandeurs le considéraient comme un « dieu » — perception très compréhensible vu la position centrale qu’il occupait dans la collectivité et le contraste entre son style de vie et celui de ses paroissiens. Comme l’a déclaré dans son témoignage le directeur de l’école, Kerry Dwyer : [TRADUCTION] « C’était comme avoir dans la collectivité une célébrité qu’il fallait traiter convenablement. [. .] J’ai rencontré des situations où des gens croyaient que le prêtre pouvait les changer en chèvre. » Ou, comme a dit l’une des victimes, relatant une occasion où il avait demandé à son père s’il pouvait passer la nuit chez le curé, comme ce dernier lui avait demandé de le faire : [TRADUCTION] « bien sûr a répondu mon père, c’est le curé ». Bien que le père Bennett possédât une forte personnalité, le pouvoir qu’il exerçait sur ses victimes lui venait de son rôle de curé et lui avait été conféré par l’évêque. Le juge de première instance a résumé la situation de façon éloquente, au par. 28 de ses motifs : [TRADUCTION] « La révérence que la collectivité en général témoignait au père Bennett accroissait la capacité de ce dernier de dominer ses victimes et d’assouvir ainsi son prodigieux appétit de gratifications sexuelles constantes. »

En résumé, la preuve satisfait amplement au critère formulé dans les arrêts *Bazley*, *Jacobi* et *K.L.B.* Le lien entre l’entreprise diocésaine et Bennett

and Bennett was sufficiently close. The enterprise substantially enhanced the risk which led to the wrongs the plaintiff-respondents suffered. It provided Bennett with great power in relation to vulnerable victims and with the opportunity to abuse that power. A strong and direct connection is established between the conduct of the enterprise and the wrongs done to the plaintiff-respondents. The majority of the Court of Appeal erred in failing to apply the right test. Had it performed the appropriate analysis, it would have found the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's vicariously liable for Father Bennett's assaults on the plaintiff-respondents.

33 I conclude that the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's is vicariously liable for the wrongs done to the plaintiff-respondents.

III. The Liability of the Roman Catholic Church

34 The appellant St. George's argues that the Roman Catholic Church should be found liable. The trial judge and the Court of Appeal unanimously rejected this proposition. I decline to deal with this argument on the record before us in this case.

35 The Roman Catholic Church is a religious organization operating in many countries of the world, including Canada. It possesses a hierarchical structure with the Pope at its apex, and works through diverse orders, groups and individuals. On the record before us, it is impossible to answer the questions as to procedure and remedies for recovery which the claim against the Church raises. The record does not provide the clear picture of the details of the Church's hierarchy or of the relationship between the Church and its constituent parts, necessary to delineate the boundaries of the institution, the nature of its legal status, and its potential liability. Nor does the record offer much assistance on the procedural questions that would need to be answered before the Church, as a global institution, could be found liable for the wrongs committed by Father Bennett in the diocese of St. George's. Although named as a party,

était suffisamment étroit. L'entreprise a exacerbé de manière substantielle les risques à l'origine des torts causés aux demandeurs-intimés. Elle a donné au père Bennett un pouvoir considérable vis-à-vis de victimes vulnérables ainsi que l'occasion d'abuser de ce pouvoir. L'existence d'un lien direct et solide entre la conduite de l'entreprise et les torts causés aux demandeurs-intimés a été établie. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en n'appliquant pas le bon critère. S'ils avaient procédé à la bonne analyse, ils auraient conclu à la responsabilité du fait d'autrui de la Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's pour les agressions commises par le père Bennett contre les demandeurs-intimés.

Je conclus que la Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's est responsable du fait d'autrui à l'égard des torts causés aux demandeurs-intimés.

III. La responsabilité de l'Église catholique romaine

L'appelante St. George's fait valoir que l'Église catholique romaine devrait être tenue responsable. La Cour d'appel a unanimement rejeté cet argument, tout comme l'avait fait le juge de première instance. Je refuse de statuer sur cette question à partir du dossier dont nous disposons.

L'Église catholique romaine est une organisation religieuse qui exerce ses activités dans de nombreux pays du globe, dont le Canada. Dotée d'une structure hiérarchique ayant à son sommet le pape, elle agit par l'intermédiaire de divers ordres, groupes et individus. Le dossier qui nous a été présenté ne permet pas de répondre aux questions que soulève l'action contre l'Église sur le plan de la procédure et des recours. Il ne brosse pas un tableau précis de la hiérarchie de l'Église ou des liens entre celle-ci et ses éléments constituants, tableau nécessaire pour déterminer les contours de l'institution, sa nature juridique et sa responsabilité potentielle. Le dossier offre également peu d'indications sur les questions procédurales auxquelles il faudrait répondre pour que l'Église, en tant qu'entité globale, puisse être tenue responsable des torts causés par le père Bennett dans le diocèse de St. George's.

the Church was not represented during the proceedings in this case, and issues relating to procedure and remedies for recovery were left unexplored.

Without suggesting that the full organizational structure of the Roman Catholic Church and its relations with its various constituent organizations must be apparent on the evidence before a finding of Church liability could be made, I am satisfied that the record before us is too weak to permit the Court in this case to responsibly embark on the important and difficult question of whether the Roman Catholic Church can be held liable in a case such as this.

For these reasons, I decline to deal with the appellant's second argument.

IV. The Cross-Appeal

The plaintiff-respondents bring a cross-appeal, asking that the Court reconsider and assess the liability of all the defendants, including the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's, Bishop Lahey, Archbishop MacDonald, Archbishop Penney and the Roman Catholic Church.

The cross-appeal is brought "conditionally". The cross-appellants (plaintiff-respondents) state that they pursue it only in the event that the appeal of the appellant St. George's is granted. Paragraph 70 of the respondents/cross-appellants' factum states:

This argument deals only with the liability of the Corporation sole, and if successful then this Court should be free to reconsider and assess the liability among all defendants. Thus the respondents have filed this conditional cross-appeal, to follow and be considered only if this Honourable Court decides the Episcopal Corporation of St. George's shall itself not be liable to the respondents.

The Rules of this Court make no provision for a "conditional" appeal or cross-appeal. However,

Bien qu'elle ait été désignée comme partie, l'Église n'était pas représentée au cours de l'instance et les questions touchant à la procédure et aux recours n'ont pas été explorées.

Sans pour autant affirmer qu'un tribunal ne saurait conclure à la responsabilité de l'Église catholique romaine à moins que la preuve ne décrive clairement l'ensemble des structures organisationnelles de l'Église et les liens de celle-ci avec ses différentes organisations constitutantes, je suis néanmoins convaincue que la preuve dont nous disposons est trop mince pour permettre à la Cour d'examiner sérieusement la question difficile et importante de savoir si l'Église catholique romaine peut être tenue responsable dans une affaire comme celle qui nous occupe.

Pour ces raisons, je m'abstiens de considérer le deuxième argument de l'appelante.

IV. Le pourvoi incident

Les demandeurs-intimés ont formé un pourvoi incident dans lequel ils demandent à la Cour de réexaminer la question de la responsabilité de tous les défendeurs, y compris la Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's, l'évêque Lahey, les archevêques MacDonald et Penney et l'Église catholique romaine, et du partage de la responsabilité entre ceux-ci.

Le pourvoi incident est présenté « conditionnellement », en ce sens que ses auteurs (les demandeurs-intimés) affirment qu'ils n'y donneront suite que si le pourvoi de St. George's est accueilli. Au paragraphe 70 du mémoire des intimés/appelants au pourvoi incident, ceux-ci disent ceci :

[TRADUCTION] Cet argument ne concerne que la responsabilité de la personne morale simple et, s'il est retenu, il devrait être loisible à la Cour de réexaminer la question de la responsabilité de tous les défendeurs et de la répartition de la responsabilité entre ceux-ci. En conséquence, les intimés déposent le présent pourvoi incident, étant entendu qu'il ne doit y être donné suite que si la Cour juge que l'Episcopal Corporation of St. George's n'a aucune responsabilité envers les intimés.

Les règles de notre Cour ne pourvoient pas au dépôt de pourvoi, ou pourvoi incident, « condition-

36

37

38

39

40

parties are free to indicate that they will not pursue certain matters upon certain eventualities, and fairness requires that such representations not be disregarded, particularly where other parties have relied on them.

- 41 I therefore decline to consider the issues raised on the cross-appeal.

V. Conclusion

- 42 The appeal and the cross-appeal are dismissed.

- 43 The Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's is directly and vicariously liable to the plaintiff-respondents. Given the extraordinary circumstances of this case and this appeal and the plaintiff-respondents' stated intention from the outset of these appeal proceedings that it had no desire to appeal to this Court absent an appeal by the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's, I would grant the plaintiff-respondents costs of this appeal and their cross-appeal, payable by the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's on a solicitor-client basis.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Adair Morse, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal, John Doe: Stack & Associates, St. John's.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal, John Doe: Williams, Roebothan, McKay & Marshall, St. John's.

Solicitors for the respondents on cross-appeal, Alphonsus Penney, Raymond Lahey and James MacDonald: Benson Myles, St. John's.

Solicitors for the respondent on cross-appeal, the Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's: Harrison Pensa, London, Ont.

nel ». Toutefois, les parties sont libres d'affirmer qu'elles abandonneront telle ou telle de leurs conclusions dans certaines éventualités, et l'équité commande de ne pas faire abstraction de ces assertions, particulièrement lorsque d'autres parties s'y sont fiées.

Par conséquent, je m'abstiens d'examiner les questions soulevées dans le pourvoi incident.

V. Conclusion

Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

La Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's est responsable envers les demandeurs-intimés directement et par application du principe de la responsabilité du fait d'autrui. Vu les circonstances exceptionnelles de l'affaire et du présent pourvoi et vu le fait que, dès le début des présentes procédures d'appel, les demandeurs-intimés ont indiqué qu'ils n'entendaient pas se pourvoir devant notre Cour si la Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's n'interjetait pas appel, je suis d'avis de condamner la Roman Catholic Episcopal Corporation of St. George's à payer aux demandeurs-intimés les dépens à l'égard du présent pourvoi et du pourvoi incident sur la base procureur-client.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Adair Morse, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident, M. Untel : Stack & Associates, St. John's.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident, M. Untel : Williams, Roebothan, McKay & Marshall, St. John's.

Procureurs des intimés au pourvoi incident, Alphonsus Penney, Raymond Lahey and James MacDonald : Benson Myles, St. John's.

Procureurs de l'intimé au pourvoi incident, Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's : Harrison Pensa, London, Ont.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops: Barnes, Sammon, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada : Barnes, Sammon, Ottawa.

City of Montréal Appellant

v.

**Foster Wheeler Power
Company Ltd. Respondent**

and

**Barreau du Québec and Canadian
Bar Association Intervenors**

**INDEXED AS: FOSTER WHEELER POWER Co.
v. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE DE GESTION ET
D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS (SIGED) INC.**

Neutral citation: 2004 SCC 18.

File No.: 28967.

2003: November 12; 2004: March 25.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Civil law — Professional secrecy — Lawyers — Obligation of confidentiality — Immunity from disclosure — Means of exercising professional secrecy — Content and scope of obligation of confidentiality.

Civil law — Professional secrecy — Obligation of confidentiality — Waiver — Whether questions asked during examinations on discovery violate lawyer's obligation of confidentiality — Whether professional secrecy was waived.

Evidence — Professional secrecy — Burden of proof — Whether party invoking professional secrecy has initial burden of proving that information sought is protected by obligation of confidentiality.

The respondent brought an action in damages against the municipal authorities further to the cancellation of a project involving the construction of a solid waste recycling centre and a municipal incinerator and to the resiliation of the contracts related to the project. During examinations on discovery after defence, the appellant's lawyers wanted to ask questions about information

Ville de Montréal Appelante

c.

**Société d'énergie Foster
Wheeler Ltée Intimée**

et

**Barreau du Québec et Association du
Barreau canadien Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE FOSTER
WHEELER LTÉE c. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE
DE GESTION ET D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS
(SIGED) INC.**

Référence neutre : 2004 CSC 18.

Nº du greffe : 28967.

2003 : 12 novembre; 2004 : 25 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit civil — Secret professionnel — Avocats — Obligation de confidentialité — Immunité de divulgation — Modalités d'exercice du secret professionnel de l'avocat — Contenu et portée de l'obligation de confidentialité.

Droit civil — Secret professionnel — Obligation de confidentialité — Renonciation — Les questions posées lors de l'interrogatoire préalable violent-elles l'obligation de confidentialité de l'avocat? — Y a-t-il eu renonciation au secret professionnel?

Preuve — Secret professionnel — Fardeau de la preuve — La partie qui invoque le secret professionnel a-t-elle le fardeau de preuve initial de démontrer que l'information recherchée est protégée par l'obligation de confidentialité?

L'intimée intente une poursuite en dommages-intérêts contre les autorités municipales à la suite de l'annulation d'un projet de construction d'un centre de recyclage de déchets solides et d'un incinérateur municipal et de la résiliation de contrats visant sa réalisation. Au cours d'interrogatoires préalables après défense, les avocats de l'intimée veulent poser des questions sur des informations

obtained from lawyers retained by the municipal authorities to create the project's legal framework and obtain the necessary government approvals. The municipal authorities then objected, claiming that the information sought was protected by professional secrecy and could not be disclosed in a judicial proceeding. Initially, objections were made against 43 questions dealing with the nature of the reports on the project allegedly submitted by the lawyers at a meeting held in December 1995 and during the period of time around that meeting. Other questions focussed on documentation available to counsel or on the drafting of resolutions respecting the resiliation of the contracts with the respondent. The trial judge dismissed almost all of the objections on the ground that the questions, as a general rule, sought only factual information not protected by professional secrecy. The Court of Appeal also allowed almost all of the questions, upholding, however, objections to certain questions which violated professional secrecy. It also found that other objections were premature, and that the trial judge would have to examine the documents in question first to determine if they were subject to immunity from disclosure.

Held: The appeal should be dismissed.

The institution of professional secrecy in Quebec civil law has two components: first, an obligation of confidentiality, which imposes a duty of discretion on lawyers and creates a correlative right to their silence on the part of their clients; then, in relation to third parties, an immunity from disclosure that protects the content of information against compelled disclosure, even in judicial proceedings, subject to any other applicable legal rules or principles. Notwithstanding the social importance of professional secrecy in maintaining a properly functioning justice system and preserving the rule of law in Canada, not every aspect of relations between a lawyer and a client is necessarily confidential. The scope and intensity of the protection may vary according to the nature of the duties carried out and the services rendered. When the professional relationship arises out of a complex and prolonged mandate, as here, the limits of the scope of application of the obligation of confidentiality may require the court to take a close look at the relationship between the parties, including the nature and context of the professional services rendered.

As to the burden of proof, the appropriate approach may vary according to the circumstances of a case. In the case of an individual professional act, there would appear to be a need only for simple or summary evidence and the burden of proof could be placed on the person claiming

obtenues d'avocats mandatés par les autorités municipales pour créer la structure juridique du projet et obtenir les approbations gouvernementales nécessaires. Les autorités municipales objectent alors que les informations recherchées tombent sous le sceau du secret professionnel et ne peuvent être divulguées dans une instance judiciaire. Ces objections visent à l'origine 43 questions. Ces questions portent sur la nature des rapports qu'auraient présentés les avocats sur le projet lors d'une réunion en décembre 1995 et au cours de la période contemporaine à celle-ci. D'autres visent les documents à la disposition des avocats ou la rédaction des résolutions relatives à la résiliation des contrats avec l'intimée. Le juge de première instance rejette la quasi-totalité des objections, les questions ne recherchant en règle générale que des informations factuelles non visées par le secret professionnel. La Cour d'appel permet également la grande majorité des questions, mais elle fait droit à certaines objections à des questions qui violent le secret professionnel. Elle exprime aussi l'avis que d'autres objections sont prématuées et que le juge de première instance doit examiner les documents litigieux afin de déterminer si l'immunité de divulgation s'applique à eux.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

En droit civil québécois, le secret professionnel de l'avocat est une institution qui comporte deux composantes : d'abord, une obligation de confidentialité qui impose à l'avocat un devoir de discréption et crée un droit corrélatif à son silence en faveur de son client; ensuite, à l'égard des tiers, une immunité de divulgation qui protège le contenu de l'information contre sa communication forcée, même dans les instances judiciaires, sous les réserves et les limites prévues par les règles et principes juridiques applicables. Malgré l'importance sociale du secret professionnel de l'avocat pour le fonctionnement du système de justice canadien et la préservation de la primauté du droit dans notre pays, tout n'est pas nécessairement confidentiel lorsqu'un avocat est entré en rapport avec un client. L'intensité et la portée de la protection est susceptible de varier suivant la nature des fonctions remplies et des services rendus. Lorsque, comme en l'espèce, la relation professionnelle découle d'un mandat complexe, à exécution prolongée, la délimitation de l'aire d'application de l'obligation de confidentialité peut exiger du tribunal une analyse poussée des rapports entre les parties, comme de la nature et du contexte des services professionnels rendus.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, l'approche appropriée peut varier selon les circonstances. Dans le cas d'un acte professionnel ponctuel, une preuve simple ou sommaire suffirait sans doute et la charge de la preuve paraît pouvoir être imposée au titulaire du secret

professional secrecy without compromising the exercise and integrity of the institution. In the case of complicated and prolonged mandates, there would be a rebuttable presumption to the effect that all communications between client and lawyer and the information they shared would be considered *prima facie* confidential in nature. The opposing party would then have to give a specific indication of the nature of the information sought and show that it is subject neither to the obligation of confidentiality nor to immunity from disclosure, or that this is a case where the law authorizes disclosure notwithstanding professional secrecy.

Five of the 43 questions that were initially challenged are still at issue, but they have been profoundly reworked and their scope narrowed over the course of the proceedings. Some questions aim solely to obtain information about two specific facts — the identity of the project submitted to the regulatory approval process and the status of that process — which does not engage an obligation of confidentiality on the part of the lawyer, and the disclosure of which is not prohibited. Any problems raised by or subsequent questions stemming from the answers to these questions could be dealt with by the trial judge. The remaining questions seek the production of various documents, many of which are allegedly covered by an immunity from disclosure, which in Quebec law is roughly equivalent to the common law's litigation privilege. The Court of Appeal rightly allowed the appeal in part on this point and ordered the trial judge to examine the documents before ruling on whether immunity from judicial disclosure should be accorded. After examining the documents, the trial judge may rule on the admissibility of the request for access. The municipal authorities' opposition to the trial judge examining these documents is unjustified. Every day, judges must inspect or hear evidence before excluding it, and this duty is an indispensable part of their role in the conduct of civil or criminal trials.

The presence of a professional facilitator hired for the purpose of chairing the December 1995 meeting concerning this project does not imply a waiver of professional secrecy, since the facilitator was a temporary participant in the municipal organization in charge of the project and its deliberations, performing a function necessary for its effective operation. The meeting still took place *in camera*, with a view to maintaining the confidentiality that was so critical to the participants' discussions.

Cases Cited

Referred to: *Montreal Street Railway Co. v. Feigelman* (1912), 22 Que. K.B. 102; *Maranda v. Richer*,

professionnel sans compromettre le fonctionnement et l'intégrité de l'institution. Dans le cas des mandats complexes et à exécution prolongée, une présomption réfragable s'appliquerait selon laquelle l'ensemble des communications entre le client et l'avocat et des informations seraient considérées *prima facie* de nature confidentielle. Il appartiendrait à la partie adverse de préciser la nature des informations qu'elle recherche et de justifier qu'elles ne sont soumises ni à l'obligation de confidentialité, ni à l'immunité de divulgation, ou qu'il s'agit d'un cas où la loi autoriserait la divulgation en dépit de l'existence du secret professionnel.

Des 43 questions litigieuses à l'origine, cinq demeurent en discussion, mais profondément remaniées et précisées quant à leur portée au cours des débats. Certaines visent seulement à obtenir des informations sur deux faits précis — soit l'identité du projet soumis à la procédure d'approbation réglementaire et l'état de cette procédure — qui ne relèvent pas de l'obligation de confidentialité de l'avocat et dont la divulgation n'est pas interdite. Toute difficulté que poseraient les réponses à ces questions et les nouvelles questions qui en découleraient devront être réglées par le juge de première instance. Les questions restantes demandent la production de documents dont plusieurs seraient couverts par une immunité de divulgation qui, en droit québécois, correspondrait au « *litigation privilege* » de common law. C'est à bon droit que la Cour d'appel a accueilli en partie l'appel sur ce point pour ordonner au juge de première instance d'examiner les documents avant de statuer sur l'application de l'immunité de divulgation judiciaire. Après cet examen, il statuera sur la recevabilité de cette demande de communication de documents. L'opposition des autorités municipales à ce que le juge de première instance en prenne connaissance n'est pas justifiée. Les juges doivent quotidiennement examiner et entendre des éléments de preuve avant de les écarter et cette fonction constitue une part indispensable de leur rôle dans la conduite des procès civils ou criminels.

La présence d'une animatrice professionnelle, comme présidente d'assemblée, à la réunion de décembre 1995 qui portait sur l'examen du projet n'implique pas une renonciation au secret professionnel, car l'animatrice s'intégrait temporairement à l'organisme municipal en charge du projet et à sa procédure de délibération pour remplir une fonction nécessaire à la bonne marche de celle-ci. La rencontre restait à huis clos, toujours dans une perspective de confidentialité indispensable des échanges entre les intervenants.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Montreal Street Railway Co. c. Feigelman* (1912), 22 B.R. 102; *Maranda c. Richer*,

[2003] 3 S.C.R. 193, 2003 SCC 67; *R. v. Robillard*, [2001] R.J.Q. 1; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Legault*, [1989] R.J.Q. 229; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Poulin v. Prat*, [1994] R.D.J. 301; *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Fava*, [1984] C.A. 639; *Société d'énergie de la Baie James v. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637; *Champagne v. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247; *Lab Chrysotile Inc. v. Société Asbestos Ltée*, [1993] R.D.J. 641; *Pfieffer et Pfieffer Inc. v. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, ss. 128, 129, 131.
Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 53.1.
By-laws of the Bar (Quebec) (1955), s. 66(21).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 9.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2858.
Code of Civil Procedure (1867), art. 275.
Code of Civil Procedure (1897), art. 332.
Notarial Act, S.Q. 1952-53, c. 54, s. 50.
Professional Code, R.S.Q., c. C-26, s. 60.4.
Quebec Act, 1774, R.S.C. 1985, App. II, No. 2.
Quebec Medical Act, R.S.Q. 1941, c. 264, s. 60(2).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 30.04(6).
Rules of Court (New Brunswick), r. 31.04(4).
Rules of Practice of the Superior Court of Québec in Civil Matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, s. 15.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.
Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
Cardinal, Alain. "Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat" (1984), 44 *R. du B.* 237.
Morissette, Yves-Marie, et Daniel W. Shuman. "Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve" (1984), 25 *C. de D.* 501.
Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

[2003] 3 R.C.S. 193, 2003 CSC 67; *R. c. Robillard*, [2001] R.J.Q. 1; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Legault*, [1989] R.J.Q. 229; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Poulin c. Prat*, [1994] R.D.J. 301; *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fava*, [1984] C.A. 639; *Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637; *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247; *Lab Chrysotile Inc. c. Société Asbestos Ltée*, [1993] R.D.J. 641; *Pfieffer et Pfieffer Inc. c. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1.

Lois et règlements cités

Acte de Québec de 1774, L.R.C. 1985, app. II, n° 2.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 9.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2858.
Code de procédure civile (1867), art. 275.
Code de procédure civile (1897), art. 332.
Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 60.4.
Loi du notariat, S.Q. 1952-53, ch. 54, art. 50.
Loi médicale de Québec, S.R.Q. 1941, ch. 264, art. 60(2).
Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128, 129, 131.
Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 53.1.
Règlements du Barreau (Québec) (1955), art. 66(21).
Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, art. 15.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 30.04(6).
Règles de procédure (Nouveau-Brunswick), r. 31.04(4).

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis. *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.
Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto : Emond Montgomery, 1993.
Cardinal, Alain. « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat » (1984), 44 *R. du B.* 237.
Morissette, Yves-Marie, et Daniel W. Shuman. « Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve » (1984), 25 *C. de D.* 501.
Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
 Walton, Frederick Parker. *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 2461, [2001] Q.J. No. 4823 (QL), reversing in part decisions of the Superior Court dismissing in whole or in part objections raised by the appellant during examinations on discovery after defence. Appeal dismissed.

Réal Forest, Claude Marseille and Enrico Forlini, for the appellant.

Olivier F. Kott, Bernard P. Quinn and Mercedes Glockseisen, for the respondent.

Giuseppe Battista, for the intervenor Barreau du Québec.

Denis Jacques, for the intervenor the Canadian Bar Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

1

This appeal is incidental to an action for damages brought by the respondent, Foster Wheeler Power Company Ltd. ("Foster"), against the appellant, the City of Montréal (the "City"), further to the cancellation of a project involving the construction of a solid waste recycling centre and a municipal incinerator (the "project"). During examinations on discovery after defence, Foster's lawyers and lawyers representing some of the intervenors wanted to ask witnesses questions about information related to certain aspects of the project that was obtained from lawyers representing the municipal authorities in the matter of that project. Although the appellant objected that these questions violated professional secrecy, the Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal allowed a certain number of these questions. This appeal concerns the scope of professional secrecy in Quebec civil law and the means of

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
 Walton, Frederick Parker. *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Toronto : Butterworths, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 2461, [2001] J.Q. n° 4823 (QL), qui a infirmé en partie des décisions de la Cour supérieure rejetant en tout ou en partie des objections soulevées par l'appelante dans le cadre d'interrogatoires après défense. Pourvoi rejeté.

Réal Forest, Claude Marseille et Enrico Forlini, pour l'appelante.

Olivier F. Kott, Bernard P. Quinn et Mercedes Glockseisen, pour l'intimée.

Giuseppe Battista, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

Denis Jacques, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Ce pourvoi constitue un incident d'une poursuite en dommages-intérêts engagée par l'intimée, la Société d'énergie Foster Wheeler ltée (« Foster ») contre l'appelante, la Ville de Montréal (la « Ville »), à la suite de l'annulation d'un projet de construction d'un centre de recyclage de déchets solides et d'un incinérateur municipal (le « projet »). Au cours d'interrogatoires préalables après défense, les avocats de Foster et ceux de certains intervenants voulaient poser des questions à des témoins sur des informations obtenues d'avocats qui représentaient les autorités municipales pour la réalisation de ce projet, au sujet de certains aspects de celui-ci. Malgré des objections basées sur le secret professionnel de l'avocat, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont autorisé un certain nombre de ces questions. Le présent appel remet ainsi en cause l'étendue et les

exercising it, specifically with respect to one of its components, namely, the immunity from disclosing confidential information to others in a judicial proceeding. For the reasons I shall give here, I would dismiss the appeal and uphold the Court of Appeal's disposition with respect to the admissibility of the questions at issue between the parties.

II. Origin of the Case

The case arises out of a major project involving the construction of a recycling centre and a garbage incinerator on the Island of Montréal. When the planning stage of the project began, the merger of the Island's municipalities had not yet taken place. Two intermunicipal bodies, the Régie intermunicipale de gestion des déchets sur l'île de Montréal (the "Régie") and the Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets Inc. (the "SIGED"), were given responsibility for preparing and carrying out the project. The complex nature of the project, the environmental problems it could raise and the demanding review and approval process to which it would be subject made it less than certain that the project would actually be carried out.

In this context, contracts for the preparation and eventual construction of the project were signed between the SIGED and Foster. The Régie acted as guarantor with regard to the SIGED's commitments. Because of the inherent uncertainty involved in the government approval process, the agreements were based on a mutual commitment to cooperating on efforts to obtain the required authorizations and go ahead with construction. The Régie and the SIGED retained Pierre Meunier and Daniel Picotte, two lawyers from the firm of Fasken, Martineau (Martineau, Walker at the time) in Montréal, to create the project's legal framework and obtain the necessary approvals.

Despite years of work, the project ran into opposition. Disputes broke out among representatives of the Island of Montréal's municipalities. On December 2, 1995, the project was reviewed at a raucous meeting of the Régie. On December 7,

modalités d'exercice du secret professionnel en droit civil québécois, plus particulièrement quant à l'une de ses composantes, l'immunité de divulgation d'informations confidentielles à l'occasion d'une instance judiciaire. Pour les motifs que j'expose ici, je suggère de rejeter le pourvoi et de confirmer le dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel quant à la recevabilité des questions qui demeurent en litige entre les parties.

II. L'origine du litige

Cette affaire trouve son origine dans un projet important de construction d'un centre de recyclage et d'un incinérateur à déchets sur l'île de Montréal. Au moment où commence la planification de ce projet, la fusion des municipalités de l'île n'est pas encore réalisée. Deux organismes intermunicipaux, la Régie intermunicipale de gestion des déchets sur l'île de Montréal (la « Régie ») et la Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets Inc. (la « SIGED ») sont donc chargés de préparer et de réaliser ce projet. La complexité de ce projet, les problèmes environnementaux qu'il peut soulever et les exigences du mécanisme d'examen et d'approbation réglementaire auquel il est soumis laissent alors une part d'incertitude quant à sa réalisation.

Dans ce contexte, des contrats interviennent entre la SIGED et Foster pour la préparation et la construction éventuelle du projet. La Régie cautionne les engagements de la SIGED. En raison des incertitudes inhérentes à la procédure d'approbation gouvernementale, les conventions reposent sur un engagement mutuel de coopération pour obtenir les autorisations requises et réaliser éventuellement la construction du projet. La Régie et la SIGED mandatent deux avocats du cabinet Fasken, Martineau (à l'époque, le cabinet Martineau, Walker) à Montréal, M^{es} Pierre Meunier et Daniel Picotte, pour créer la structure juridique du projet et obtenir les approbations nécessaires.

Malgré des années de travail, la mise sur pied du projet rencontre des oppositions. Des conflits éclatent entre les représentants des municipalités de l'île de Montréal. Le 2 décembre 1995, une assemblée houleuse de la Régie examine le projet.

2

3

4

1995, the Régie's executive came under the control of the project's adversaries, including Messrs. Bossé and Zampino, both mayors of municipalities on the Island of Montréal. A few months later, the contracts with Foster were resiliated, and the project was cancelled.

5 Foster then filed suit against the SIGED and the Régie. Foster alleged a breach of their obligation to co-operate in good faith and of having deliberately scuttled the project. Foster claimed \$62,951,393 in damages. The defendants contested the claim and retained the firm of Fasken, Martineau to represent them. Some municipalities whose representatives had supported the project joined the case as interveners. After the defence was filed, Foster's lawyers and those of the interveners began a series of examinations on discovery of the defendants' representatives, including Messrs. Bossé and Zampino and Ms. Méthot, Director General of the Régie. Foster's lawyers hoped to uncover evidence showing that the mayors were well aware of the nature and state of the project and had tried to halt it, specifically by inciting government authorities to block the issuance of certain crucial permits and authorizations.

6 Difficulties arose during these examinations. Foster's lawyers and those of the interveners asked a series of questions about information that Messrs. Meunier and Picotte had apparently given to their clients and about various aspects of the documentation they had compiled for the project. The defendants' lawyers objected, claiming that the information sought was protected by professional secrecy and could not be disclosed in a judicial proceeding.

III. Judicial History

7 The appeal record indicates that the parties could not agree on the admissibility of 43 questions. Most of these questions deal with the nature of the reports on the project allegedly submitted by Messrs. Meunier and Picotte at the meeting of December 2, 1995 and during the period of time around that

Le 7 décembre 1995, l'exécutif de cet organisme passe sous le contrôle d'adversaires du projet, dont MM. Bossé et Zampino, tous deux maires de municipalités de l'île de Montréal. Quelques mois plus tard, les contrats intervenus avec Foster sont résiliés et le projet annulé.

Foster fait alors signifier une action à la SIGED et à la Régie. La demanderesse leur reproche d'avoir violé leur obligation de collaborer de bonne foi et d'avoir fait délibérément échouer le projet. Elle réclame en conséquence des dommages-intérêts qu'elle évalue à 62 951 393 \$. Les défenderesses contestent l'action et mandatent le cabinet Fasken, Martineau à cette fin. Certaines municipalités, dont les représentants appuyaient le projet, interviennent dans ce litige. Après le dépôt de la défense, les avocats de Foster et ceux des intervenants entament une série d'interrogatoires préalables de représentants des défenderesses, notamment MM. Bossé et Zampino et M^{me} Méthot, directrice générale de la Régie. Les avocats de Foster espèrent découvrir des éléments de preuve démontrant que les maires connaissaient bien la nature et l'état du projet et ont tenté de le faire avorter, particulièrement en poussant les autorités gouvernementales à surseoir à la délivrance des permis et autorisations indispensables.

Au cours de ces interrogatoires, des difficultés surviennent. Les avocats de Foster et ceux des intervenants posent une série de questions sur les informations que M^{es} Meunier et Picotte auraient transmises à leurs clients et sur divers éléments de la documentation qu'ils ont réunie au sujet de ce projet. Les avocats des défenderesses objectent alors que les informations recherchées tombent sous le sceau du secret professionnel et ne peuvent être divulguées dans une instance judiciaire.

III. L'historique judiciaire

Le dossier d'appel indique que les parties ne s'entendaient pas sur la recevabilité de 43 questions. Celles-ci portaient d'abord sur la nature des rapports qu'auraient présentés M^{es} Meunier et Picotte sur le projet à la réunion du 2 décembre 1995 et au cours de la période contemporaine à celle-ci. D'autres

meeting. Other questions focussed on documentation available to counsel or on the drafting of resolutions respecting the resiliation of the contracts with Foster.

The parties submitted the questions and the objections to Normand J. of the Superior Court, who dismissed almost all of the objections. In his opinion, as a general rule, research information was not protected by the immunity from disclosing confidential information covered by professional secrecy. He held that the questions sought factual information not protected by professional secrecy.

The defendants then appealed this decision to the Quebec Court of Appeal. Although they agreed that the appeal should be allowed in part, Rochette and Pelletier JJ.A. nevertheless wrote separate opinions in which they set out conceptions of the exercise of professional secrecy that were, in part, divergent. Deschamps J.A. concurred with the reasons for judgment of Rochette J.A. The judgment upheld objections to certain questions which, according to the Court of Appeal, violated professional secrecy and touched on information that could not be disclosed at trial. In other cases, the Court of Appeal essentially found that the objections were premature, and that the trial judge would have to examine the documents in question first to determine if they were subject to immunity from disclosure. The Court of Appeal nevertheless allowed almost all of the questions, as their subject matter did not, in that court's opinion, fall within the ambit of professional secrecy ([2001] R.J.Q. 2461). The defendants were given leave to appeal that judgment. Foster did not dispute the conclusions which upheld certain objections in whole or in part. In the meantime, the merger of the Island of Montréal's municipalities became a reality. The City succeeded to the rights of the SIGED and the Régie. The intervenor cities were thus absorbed into the City's legal personality and, for this reason, disappeared from the legal debate, leaving only the City and Foster as parties.

visaient les documents à la disposition des avocats ou la rédaction des résolutions relatives à la résiliation des contrats conclus avec Foster.

8

Les parties soumirent les questions et les objections à un juge de la Cour supérieure, le juge Normand. Celui-ci rejeta la quasi-totalité des objections. À son avis, en règle générale, les informations recherchées ne tombaient pas sous l'application de l'immunité de divulgation, qui protège les informations confidentielles visées par le secret professionnel. Les questions n'auraient recherché que des informations factuelles que ne visait pas le secret professionnel.

9

Les défenderesses interjetèrent alors appel devant la Cour d'appel du Québec. D'accord pour accueillir en partie le pourvoi, les juges Rochette et Pelletier rédigèrent néanmoins des opinions distinctes où ils exposèrent des conceptions en partie différentes de la mise en œuvre du secret professionnel de l'avocat. La juge Deschamps donna son concours aux motifs du juge Rochette. Larrêt fit droit à certaines objections à des questions qui, selon la Cour d'appel, violaient le secret professionnel et visaient des informations qui ne sauraient être divulguées au cours d'un procès. Dans d'autres cas, la Cour d'appel exprima en substance l'avis que les objections étaient prématurées et que le juge de première instance devait examiner les documents litigieux, afin de déterminer si l'immunité de divulgation s'appliquait à eux. La Cour d'appel permit toutefois la grande majorité des questions, les sujets visés ne se situant pas à son avis dans l'aire d'application du secret professionnel ([2001] R.J.Q. 2461). Les défenderesses obtinrent la permission de se pourvoir contre ce jugement. Foster n'attaqua pas les conclusions de l'arrêt qui accueillaient en tout ou en partie certaines objections. Entre-temps, la fusion des municipalités de l'île de Montréal devint une réalité. La Ville se trouve maintenant aux droits de la SIGED et de la Régie. Les villes intervenantes ont été absorbées dans la personnalité juridique de la Ville et, pour cette raison, sont disparues du débat judiciaire. Celui-ci n'oppose plus que la Ville et Foster.

IV. Issues Before the Supreme Court

10

The manner in which the dispute arose and was brought before this Court poses an initial difficulty, that is, the problem of correctly identifying the nature of the issues we must now examine. The parties' factums and oral arguments revealed that the questions objected to had in reality been rephrased and limited by Foster's lawyers to such a degree that, in my opinion, the questions appearing in the appeal record no longer accurately reflect the nature of the legal debate subsisting in this appeal. I shall therefore turn to the task of characterizing the real issues still in dispute and their limits, giving particular attention to the admissions and concessions made by Foster's counsel in their factum and at the hearing.

11

The appellant's record contains a table of 43 distinct questions that were submitted to Normand J. in the Superior Court. The Quebec Court of Appeal had upheld objections to five of these questions. The respondent does not contest this decision. Still at issue, however, are the 38 other questions. Having examined the record and heard the parties' submissions, we now have a substantially different picture of the dispute. There are actually five questions still at issue, but Foster's counsel have profoundly reworked and narrowed the scope of these questions over the course of proceedings before the Superior Court, the Court of Appeal and this Court. These five questions bring into play the problems of defining and applying professional secrecy as they pertain to this case, but in a much narrower and better defined framework than it would appear in the appellant's pleadings.

12

At discovery, most of the contentious questions were originally asked by lawyers representing interveners who are no longer involved in this case. Counsel for Foster emphasized that they would not ask these questions again and that they would be limiting themselves to the five questions that they themselves had formulated and then redefined. The appellant argued that this Court should nevertheless

IV. Les questions en jeu devant la Cour suprême

La manière dont le débat a été engagé puis porté devant notre Cour pose une première difficulté, celle d'identifier correctement la nature des problèmes qu'il faut maintenant examiner. Les mémoires des parties et leurs plaidoiries orales à l'audience ont révélé que les questions auxquelles des objections avaient été présentées, avaient été en réalité reformulées et limitées par les avocats de Foster, à un tel point, qu'à mon avis, les questions reproduites au dossier d'appel ne rendent plus correctement compte de la nature du débat judiciaire qui subsiste dans ce pourvoi. Je m'attacherais donc à préciser en quoi consistent les véritables questions encore en cause et leurs limites, en prenant particulièrement en considération les admissions et concessions faites par les avocats de Foster dans leur mémoire et à l'audience.

Le dossier de l'appelante contient un tableau de 43 questions distinctes que les parties soumirent au juge Normand en Cour supérieure. L'arrêt de la Cour d'appel du Québec avait accueilli des objections à cinq d'entre elles. L'intimée ne conteste pas le bien-fondé de cette décision. Restaient apparemment en discussion quelque 38 questions différentes. Après l'étude du dossier et l'audition des observations des parties, le portrait du litige s'avère substantiellement différent. En réalité, cinq questions demeurent en discussion, mais profondément remaniées et précisées quant à leur portée par les avocats de Foster au cours des débats devant la Cour supérieure, la Cour d'appel et notre Cour. Ces cinq questions mettent en jeu les problèmes de définition et de mise en application du secret professionnel que le présent pourvoi entend soulever, mais dans un cadre beaucoup plus restreint et mieux défini que ce qu'annonçaient les actes de procédure de l'appelante.

D'abord, en effet, durant les interrogatoires préalables, la plupart des questions litigieuses ont été posées par les avocats d'intervenants qui ne sont plus impliqués dans le litige. Les avocats de Foster ont souligné devant notre Cour qu'ils ne reprenaient pas ces questions et s'en tenaient aux cinq questions qu'ils avaient eux-mêmes formulées puis redéfinies. L'appelante a plaidé que notre Cour devrait

rule on all 38 questions under appeal, since the judge at discovery or at trial could feel bound by the decisions rendered in this regard. I do not think that this Court needs to give particular attention to a series of questions that have been abandoned because of the advancement of proceedings and that the respondent does not accept as its own. Moreover, any issues of principle they might raise will be examined and resolved when we address the five questions that the respondent still intends to put to Messrs. Zampino and Bossé and Ms. Méthot.

These five questions were substantially rethought and circumscribed, such that their true substance, as counsel for Foster described it, corresponded only partially with their initial formulation. The real dispute between the parties must therefore be situated within this context and not be limited exclusively to the questions' initial wording.

These five questions, in their original formulation, are as follows:

[TRANSLATION]

- | | |
|--|---|
| 4. Georges Bossé
Oct. 22, 1998
Obj. No. 4 | At the meeting (of December 2, 1995), what questions did Mr. Bossé ask about the project? |
| 8. Josée Méthot
Feb. 23, 1999
Obj. Nos. 21, 22,
23 and 25 | Could you describe the presentation given by Mr. Meunier? Could you describe Mr. Picotte's presentation? How long did each of these presentations last? |
| 19. Georges Bossé
Oct. 22, 1998
Eng. UGB-16 | Produce any documents reporting on dealings with the Ministère de l'Environnement et de la Faune that were submitted by Josée Méthot or Pierre Meunier to the executive committee of the Régie or to the SIGED. |

néanmoins se prononcer sur l'ensemble des 38 questions visées par son appel, puisqu'un juge lors des interrogatoires ou du procès pourrait se sentir lié par les décisions rendues à leur sujet. Je ne crois pas que notre Cour devrait examiner de façon particulière une série de questions abandonnées en raison du déroulement des procédures et que l'intimée ne fait pas siennes. De plus, les questions de principe qu'elles pouvaient soulever seront étudiées et réglées à l'occasion de l'examen des cinq questions que l'intimée entend toujours poser à MM. Zampino et Bossé et à M^{me} Méthot.

Ces cinq questions ont été substantiellement repensées et circonscrites, à tel point que leur teneur réelle, comme l'ont décrite les avocats de Foster, ne correspond que partiellement à leur formulation initiale. Il faut donc situer le véritable débat entre les parties dans ce cadre, sans s'arrêter uniquement à la rédaction initiale de ces questions.

Ces cinq questions, dans leur formulation originale, sont les suivantes :

- | | |
|---|---|
| 4. Georges Bossé
22 oct. 1998
Obj. n ^o 4 | Quelles questions ont été posées par monsieur Bossé lors de la réunion (du 2 décembre 1995) pour s'informer au sujet du projet? |
| 8. Josée Méthot
23 fév. 1999
Obj. n ^{os} 21, 22,
23 et 25 | Quelle a été, pouvez-vous décrire, la présentation faite par M ^e Meunier? Par M ^e Picotte? Combien de temps ont duré chacune de ces présentations? |
| 19. Georges Bossé
22 oct. 1998
Eng. UGB-16 | Produire les documents qui auraient été déposés par M ^{me} Josée Méthot ou M ^e Pierre Meunier auprès de l'exécutif de la Régie ou de la SIGED et faisant état des démarches effectuées auprès du ministère de l'Environnement et de la Faune. |

13

14

20. Frank Zampino Jan. 27, 1999 Obj. No. 25	[TEXT] "And they (Martineau Walker) were available to answer your questions concerning the discussions between the Régie and the government concerning the project?"	20. Frank Zampino 27 jan. 1999 Obj. n° 25	[TRADUCTION] « Et ils (Martineau Walker) étaient disponibles pour répondre à vos questions au sujet des discussions entre la Régie et le gouvernement concernant le projet? »
23. Georges Bossé Oct. 22, 1998 Eng. UGB-18	(A) Give the names of persons consulted from December 7, 1995 to March 18, 1996 before coming to the decision to resiliate the contracts. (B) Provide all documents pertaining to the project that were received by Mr. Bossé or any other member of the Régie's executive committee.	23. Georges Bossé 22 oct. 1998 Eng. UGB-18	A) Fournir les noms des personnes consultées du 7 décembre 1995 au 18 mars 1996 pour en arriver à la décision de résilier les contrats. B) Fournir tous les documents reçus par M. Bossé ou un autre membre du comité exécutif de la Régie qui porteraient sur le projet.

15 The appellant objected to each of these questions on the grounds that they were covered by immunity from disclosure, one of the components of professional secrecy under Quebec civil law. Questions 19 and 23(B) appear to raise the issue of the application of the immunity from disclosing documents prepared for the purposes of a trial, which corresponds to the common law concept of litigation privilege (J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 745-46; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at pp. 868-72). The Superior Court dismissed the objections to these two questions. The Court of Appeal rendered a more subtly qualified decision. It upheld the objection in part, ruling that the trial judge should have examined the documents before rendering a decision. The appellant still maintains that the Superior Court should have upheld the objection without reviewing the documents. The respondent had no objections to the solution adopted by the Court of Appeal. With respect to the other questions still in issue, the objections were rejected unreservedly. Nevertheless, the respondent still argues that the presence of a third party, a facilitator who chaired the meeting of December 2, 1995,

À chacune de ces questions, l'appelante a opposé une objection basée sur l'immunité de divulgation qui constitue l'une des composantes du secret professionnel en droit civil du Québec. Les questions 19 et 23B) semblaient mettre en cause l'application de l'immunité de divulgation à l'égard de documents préparés en vue d'un procès, ce qui correspondrait au « *litigation privilege* » de la common law (J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 745-746; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3^e éd. 2003), p. 868-872). Dans le cas de ces deux questions, la Cour supérieure avait rejeté les objections. La Cour d'appel a rendu une décision plus nuancée. Elle a accueilli l'objection en partie, en indiquant que le premier juge aurait dû prendre connaissance des documents avant de rendre sa décision. L'appelante soutient toujours que la Cour supérieure aurait dû faire droit à son objection sans examen préalable des documents. L'intimée se satisfait de la solution adoptée par la Cour d'appel. Dans le cas des autres questions encore en litige, les objections ont été rejetées sans aucune réserve. De plus, toutefois, l'intimée plaide toujours que la présence d'une tierce personne, l'animatrice qui présidait l'assemblée du 2 décembre

amounted to an implied waiver of professional secrecy.

As general and preliminary as these questions may have appeared, we must now clarify the content ascribed to them by the respondent since the outset of this matter. In this action for damages, we must bear in mind that Foster alleged that the City had breached its obligation to cooperate in carrying out the project and that municipal officials had acted in bad faith, deliberately blocking construction. During discovery, counsel for Foster tried to secure admissions from the mayors of certain Island of Montréal municipalities that they were familiar with the nature and status of the project and had received a large amount of information from a variety of sources. According to Mr. Kott's arguments before this Court, the examinations of Messrs. Zampino and Bossé had been difficult and not terribly productive. The witnesses maintained that they had had little knowledge of the nature and status of the project during its lifespan, particularly at the time of the meeting of December 2, 1995. In order to verify these claims, a series of questions about information they had received from their lawyers before, during and after the meeting, was put to these two witnesses. As indicated in the declaration of inscription on the roll for hearing submitted by Foster pursuant to s. 15 of the *Rules of Practice of the Superior Court of Québec in Civil Matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, Foster planned to call Meunier and Picotte as witnesses at trial and question them, if necessary, about information communicated to their client. Foster also wanted them to produce all documents relating to the project's preparation, to dealings with government authorities responsible for approving the project and to the resiliation of the contracts.

The original questions were very broad in scope, probably too broad, eliciting equally broad objections. These objections are completely understandable, however, given their possible repercussions on relations between municipal entities and their lawyers. At any rate, it is now known that Foster is not seeking information on opinions provided by the appellant's lawyers, billing information, draft

1995, impliquait une renonciation au secret professionnel.

Si générales, si préliminaires qu'aient paru ces questions, il faut maintenant préciser le contenu que leur a donné l'intimité depuis le début de cette affaire. Dans cette poursuite en dommages-intérêts, on se rappellera que Foster invoque la violation d'une obligation de coopération assumée par la Ville pour la réalisation du projet et la mauvaise foi des dirigeants municipaux qui auraient fait délibérément avorter la construction. Au cours des interrogatoires préalables, les avocats de Foster tentaient de faire admettre par les maires de certaines municipalités de l'île de Montréal qu'ils connaissaient la nature et l'état d'avancement du projet et avaient reçu une quantité importante d'informations de sources diverses. Selon la plaidoirie de M^e Kott devant notre Cour, les interrogatoires de MM. Zampino et Bossé s'étaient révélés difficiles et peu fructueux. Ces témoins auraient soutenu n'avoir eu que peu de connaissance de la nature et de l'état du projet, notamment lors de l'assemblée du 2 décembre 1995. Dans le but de vérifier ces assertions, on a alors posé des questions à ces deux témoins sur les informations reçues de leurs avocats avant, pendant et après la réunion. Comme l'indique la déclaration de mise au rôle d'audience produite par Foster en vertu de l'art. 15 des *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, elle envisageait d'assigner M^{es} Meunier et Picotte comme témoins au procès pour les interroger, si nécessaire, sur les informations communiquées à leur client. Foster voulait aussi faire produire un ensemble de documents relatifs à la préparation du projet, aux démarches entreprises auprès des autorités gouvernementales chargées de l'examen et de l'approbation du projet et à la résiliation des contrats.

Posées de manière très — probablement trop — large à l'origine, ces questions provoquèrent des objections aussi larges, mais fort compréhensibles en raison de leurs répercussions possibles sur les rapports entre les organismes municipaux et leurs avocats. Quoi qu'il en soit, on sait maintenant que Foster ne recherche pas d'informations sur des opinions données par les avocats de l'appelante, sur

resolutions prepared for the Régie or other subjects of a similar nature. Essentially, the questions were designed to have the witnesses say whether Messrs. Meunier and Picotte had clearly explained the nature of the project and talked about the status of dealings relating to the project's approval and to make the witnesses describe the nature of the information they received regarding these aspects of the case. Foster also wanted to obtain a set of documents that neither this Court nor the Superior Court has had the opportunity to examine. We must now decide whether, under the law of evidence applicable to civil cases in Quebec, this information is confidential and thus subject to immunity from disclosure pursuant to the legal rules governing professional secrecy in Quebec. We must also investigate whether the manner in which the meeting of December 2, 1995 was structured and carried out constitutes an implied waiver of professional secrecy, as the Quebec Court of Appeal held, because a third party was present to chair the meeting.

V. Legal Framework of Professional Secrecy in Quebec Legislation

- 18 Any study of professional secrecy, its scope and its application requires a careful examination of the legislative framework that has gradually been put in place in Quebec. Despite its diverse sources, professional secrecy is now governed by a set of superimposed statutes with a common objective of securing the recognition and protection of professional secrecy.
- 19 The most important provision is now found in the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Section 9 of the *Charter* declares professional secrecy to be a fundamental human right:
9. Every person has a right to non-disclosure of confidential information.
- No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who

leurs comptes d'honoraires, sur les projets de résolutions préparées pour la Régie, etc. En substance, les questions posées visent à faire dire aux témoins si M^{es} Meunier et Picotte avaient précisé la nature du projet soumis et exposé l'état des démarches relatives à son approbation et à leur faire décrire la nature de l'information reçue à propos de ces aspects du dossier. Foster entend aussi obtenir un ensemble de documents que notre Cour n'a jamais vus et que la Cour supérieure n'a jamais examinés. Il s'agit maintenant de décider si, selon le droit de la preuve applicable aux litiges civils au Québec, ces informations ont un caractère confidentiel et sont protégées par une immunité de divulgation, en vertu des règles juridiques gouvernant le secret professionnel au Québec. De plus, il faudra rechercher si, comme l'a décidé la Cour d'appel du Québec, le mode d'organisation et de conduite de l'assemblée du 2 décembre 1995 implique de toute façon une renonciation au secret professionnel, en raison de la présence d'une tierce personne qui en a assuré la présidence.

V. L'encadrement juridique du secret professionnel dans la législation québécoise

Toute étude du secret professionnel, de son étendue et de sa mise en application exige un examen attentif du cadre législatif qui a été mis graduellement en place au Québec. En effet, malgré la diversité de ses sources, le secret professionnel se trouve maintenant régi par un ensemble de législations superposées mais convergentes dans leur objectif de reconnaître et de protéger le secret professionnel.

La disposition la plus importante se retrouve maintenant dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. En effet, son art. 9 place le secret parmi les droits fondamentaux de la personne :

9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a

confided such information to him or by an express provision of law.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected.

The *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, requires all members of professional orders, not just lawyers and notaries, to uphold professional secrecy (see: Y.-M. Morissette and D. W. Shuman, "Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve" (1984), 25 *C. de D.* 501, at p. 505). Section 60.4 of the *Professional Code* defines the obligation to uphold professional secrecy in the following terms:

60.4. Every professional must preserve the secrecy of all confidential information that becomes known to him in the practice of his profession.

He may be released from his obligation of professional secrecy only with the authorization of his client or where so ordered by law.

The professional may, in addition, communicate information that is protected by professional secrecy, in order to prevent an act of violence, including a suicide, where he has reasonable cause to believe that there is an imminent danger of death or serious bodily injury to a person or an identifiable group of persons. However, the professional may only communicate the information to a person exposed to the danger or that person's representative, and to the persons who can come to that person's aid. The professional may only communicate such information as is necessary to achieve the purposes for which the information is communicated.

Although the *Professional Code* imposes an obligation to uphold professional secrecy on all professionals, including lawyers, s. 131 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1, also addresses this issue. This section reaffirms the right to professional secrecy while setting out some of its limits, as the corresponding provision in the *Professional Code* also does:

131. (1) An advocate must keep absolutely secret the confidences made to him by reason of his profession.

(2) Such obligation, however, shall not apply when the advocate is expressly or implicitly relieved therefrom by the person who made such confidences to him or where so ordered by law.

fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

Ensuite, le *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, impose le respect du secret professionnel à tous les membres des ordres professionnels qu'il régit et non aux seuls avocats et notaires (voir : Y.-M. Morissette et D. W. Shuman, « Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve » (1984), 25 *C. de D.* 501, p. 505). L'article 60.4 du *Code des professions* définit l'obligation de respect du secret professionnel dans ces termes :

60.4. Le professionnel doit respecter le secret de tout renseignement de nature confidentielle qui vient à sa connaissance dans l'exercice de sa profession.

Il ne peut être relevé du secret professionnel qu'avec l'autorisation de son client ou lorsque la loi l'ordonne.

Le professionnel peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable. Toutefois, le professionnel ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. Le professionnel ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication.

Même si le *Code des professions* impose une obligation de respect du secret professionnel applicable aux avocats comme à tous les autres professionnels, la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1, traite aussi de la question à son art. 131. Celui-ci réaffirme le droit au secret professionnel, tout en précisant certaines de ses limites, comme le faisait d'ailleurs déjà le *Code des professions* :

131. 1. L'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession.

2. Cette obligation cède toutefois dans le cas où l'avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences ou lorsque la loi l'ordonne.

(3) An advocate may, in addition, communicate information that is protected by professional secrecy, in order to prevent an act of violence, including a suicide, where the advocate has reasonable cause to believe that there is an imminent danger of death or serious bodily injury to a person or an identifiable group of persons. However, the advocate may only communicate the information to a person exposed to the danger or that person's representative, and to the persons who can come to that person's aid. The advocate may only communicate such information as is necessary to achieve the purposes for which the information is communicated.

- 22 For its part, the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, reinforces the obligation to uphold professional secrecy. In a title of the C.C.Q. respecting the law of evidence, art. 2858 provides that a judge must, *ex officio*, raise any breach of professional secrecy and exclude any evidence obtained as a result of that breach:

2858. The court shall, even of its own motion, reject any evidence obtained under such circumstances that fundamental rights and freedoms are breached and that its use would tend to bring the administration of justice into disrepute.

The latter criterion is not taken into account in the case of violation of the right of professional privilege.

- 23 This legislative framework attempts to organize an area of Quebec civil law and procedure that traces its origins to diverse sources in legislation and case law, in both the French civil law and English common law traditions. These mixed origins are without doubt at the root of the semantic, if not conceptual problems that continue to affect this field of law.

- 24 In a doctoral thesis written several years before the enactment of the Quebec *Charter* and the *Professional Code*, Jean-Louis Baudouin (now a judge of the Quebec Court of Appeal) gave an excellent account of the complexity of the sources of the law of evidence in Quebec (J.-L. Baudouin, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve* (1965)). For many years, under France's *ancien régime*, royal orders had recognized the existence of an obligation to maintain confidentiality in relations between clients and lawyers and established an immunity from disclosure to protect

3. L'avocat peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable. Toutefois, l'avocat ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. L'avocat ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication.

Le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, renforce de son côté l'obligation de respect du secret professionnel. Au titre du droit de la preuve, l'art. 2858 C.c.Q. dispose que le juge doit soulever d'office toute violation du secret professionnel et exclure tout élément de preuve qui en provient :

2858. Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il n'est pas tenu compte de ce dernier critère lorsqu'il s'agit d'une violation du droit au respect du secret professionnel.

Cet encadrement législatif tente d'organiser un domaine de la procédure et du droit civil québécois qui s'est développé à partir de sources diverses, législatives ou jurisprudentielles, relevant tantôt du droit civil d'origine française, tantôt de la common law. Cette mixité explique sans doute les difficultés sémantiques, sinon conceptuelles qui continuent de marquer la vie de ce secteur du droit.

Écrite quelques années avant l'adoption de la *Charte québécoise* et du *Code des professions*, la thèse de doctorat du juge Jean-Louis Baudouin de la Cour d'appel du Québec a fort bien souligné la complexité des sources du droit de la preuve au Québec (J.-L. Baudouin, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve* (1965)). De longue date, sous l'ancien régime français, des ordonnances royales avaient reconnu l'existence d'une obligation de confidentialité dans les rapports entre clients et avocats et établi une immunité de divulgation qui protégeait ceux-ci. Ces ordonnances faisaient partie

those relations. These orders were part of the law of New France before it was ceded to the British Crown. In the common law, case law had established a [TRANSLATION] “procedural privilege connected with the conduct of trials” that forbade the disclosure of confidential information obtained by lawyers in their relations with clients (Baudouin, *supra*, at pp. 8-9). Even after the *Quebec Act, 1774*, R.S.C. 1985, App. II, No. 2, restored the civil law, the law of evidence as applied in Quebec was still very much influenced by common law practices because of the establishment of a judicial structure and trial procedures patterned after the British model, such as with the formal adoption of the English law of evidence in commercial matters before the end of the 18th century, as Walton reminds us (F. P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (1980), at p. 47; see also J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at pp. 687-89).

Quebec's first legislation on professional secrecy exemplified this common law influence. Legislation enacted in the 19th century effectively approached professional secrecy as a procedural problem by recognizing, as the common law did, the existence of a privilege protecting clients against the disclosure of communications between them and their legal advisers. Article 275 of the *Code of Civil Procedure* of 1867 and art. 332 of the Code of 1897 both used this technique (A. Cardinal, “Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat” (1984), 44 *R. du B.* 237, at p. 246). According to this author, in the early 20th century, the Quebec Court of Appeal used this same method to recognize the existence in Quebec's law of evidence of a “litigation privilege” designed to protect the confidentiality of documents prepared by lawyers for the purposes of a contemplated or ongoing litigation (Cardinal, *supra*, at p. 266; *Montreal Street Railway Co. v. Feigelman* (1912), 22 Que. K.B. 102, at p. 118). Thus, before addressing the subject matter of professional secrecy, the Quebec legislature contented itself with according professional secrecy a judicial protection connected with the exigencies of the adversarial civil trial process.

du droit applicable en Nouvelle-France avant sa cession à la Couronne britannique. En common law, la jurisprudence avait établi un privilège « d'origine procédurale rattaché à la conduite des procès » qui interdisait la divulgation d'informations confidentielles obtenues par les avocats dans leurs relations avec leurs clients (Baudouin, *op. cit.*, p. 8-9). Après le rétablissement du droit civil par l'*Acte de Québec de 1774*, L.R.C. 1985, app. II, n° 2, le droit de la preuve appliqué au Québec a été très influencé par les méthodes de la common law en raison de l'établissement d'une structure judiciaire et de méthodes de conduite des procès dérivées du modèle britannique, comme de l'adoption formelle du droit de la preuve anglais en matière commerciale, avant la fin du 18^e siècle, ainsi que le rappelle Walton (F. P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada* (1980), p. 47; voir aussi J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law* (1993), p. 687-689).

Les premières dispositions législatives québécoises sur le secret professionnel témoignent de cette influence de la common law. En effet, les textes législatifs adoptés au 19^e siècle abordaient le secret professionnel comme un problème de procédure, en reconnaissant, à l'instar de la common law, l'existence d'un privilège protégeant le client contre la divulgation des communications intervenues entre lui et son conseiller juridique. Les articles 275 du *Code de procédure civile* de 1867 et 332 de celui de 1897 ont employé cette technique (A. Cardinal, « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat » (1984), 44 *R. du B.* 237, p. 246). Selon cet auteur, la Cour d'appel du Québec aurait d'ailleurs utilisé cette même méthode pour reconnaître l'existence du « *litigation privilege* », destiné à protéger la confidentialité des documents préparés pour un avocat dans la perspective d'un procès en cours ou appréhendé, en droit de la preuve du Québec au début du 20^e siècle (Cardinal, *loc. cit.*, p. 266; *Montreal Street Railway Co. c. Feigelman* (1912), 22 B.R. 102, p. 118). Ainsi, avant de se préoccuper du contenu du secret professionnel, le législateur québécois s'est satisfait de lui accorder une protection judiciaire, rattachée aux exigences du procès civil contradictoire.

- 26 A different approach, one centred on the creation of an obligation of silence and the resulting right to its protection, did not appear until later, in statutes governing the organization of professions, such as those of lawyer, notary and doctor (see *Notarial Act*, S.Q. 1952-53, c. 54, s. 50; *Quebec Medical Act*, R.S.Q. 1941, c. 264, s. 60(2)). In the case of lawyers, this legal framework was instead found in the professional order's ethics regulations, which imposed an obligation of confidentiality on lawyers (*By-laws of the Bar* (1955), s. 66(21); Baudouin, *supra*, at p. 9).
- 27 This *ad hoc* legislative and regulatory approach gave way to the complex legal framework described above. This framework seeks to extend and regulate professional secrecy as a substantive fundamental right designed to protect the client. Professional secrecy has two components that form the basis for its creation and protection. The first component recognizes the confidentiality of information generated by the lawyer-client relationship. Clients have the right to expect their legal advisers to remain silent about such information. This obligation of confidentiality gives rise to an immunity from disclosure which, except in limited circumstances, protects clients against the disclosure of that information, particularly in judicial proceedings (Royer, *supra*, at pp. 907-9).
- 28 The dual origins of the principle of professional secrecy in Quebec law and the use of a legislative technique to shape the creation of the substantive right, the protection of its content against disclosure and the exceptions within the same texts help explain the semantic difficulties encountered in the case law, especially when transferring the relevant concepts from French into English. These difficulties can be particularly acute in some very key areas of law, such as criminal law, because the common law continues to apply and uses the traditional categories of privileges that are limited to specific categories or situations (*Maranda v. Richer*, [2003] 3 S.C.R. 193, 2003 SCC 67, at para. 11). This coexistence of different vocabularies and legal institutions organized according to different legal methods can sometimes lead to uncertainty in the terminology, Une méthode différente, axée celle-là sur la création d'une obligation au silence d'où découlait un droit à sa protection, n'est apparue que plus tard dans des lois sur l'organisation de professions comme celle d'avocat, de notaire ou de médecin (voir *Loi du notariat*, S.Q. 1952-53, ch. 54, art. 50; *Loi médicale de Québec*, S.R.Q. 1941, ch. 264, par. 60(2)). Dans le cas des avocats, ce cadre juridique se retrouvait plutôt dans la réglementation déontologique de l'ordre professionnel qui imposait une obligation de confidentialité à l'avocat (*Règlements du Barreau* (1955), par. 66(21); Baudouin, *op. cit.*, p. 9).
- Ces interventions législatives ou réglementaires ponctuelles ont fait place au cadre juridique complexe qui a été décrit plus haut. Celui-ci entend établir et régir le secret professionnel comme un droit substantiel fondamental destiné à la protection du client. Ce secret comporte deux composantes autour desquelles sont aménagées la création et la protection du secret professionnel. La première reconnaît la confidentialité des informations qui naissent de la relation entre l'avocat et son client. Ce dernier a droit au silence de son conseiller juridique. Découle de cette obligation de confidentialité une immunité de divulgation qui, sauf exceptions en principe limitées, protège le client contre la divulgation de ces informations, particulièrement à l'occasion des instances judiciaires (Royer, *op. cit.*, p. 907-909).
- La dualité des origines du principe du secret professionnel en droit québécois et l'emploi d'une technique législative qui aménage la création du droit substantiel, la protection de son contenu contre la divulgation et les exceptions à l'intérieur des mêmes textes expliquent parfois les difficultés sémantiques que l'on retrouve dans la jurisprudence, notamment lorsqu'il s'agit de transposer les concepts pertinents du français à l'anglais. Elles s'accentuent aussi du fait que, dans des domaines fort importants, comme le droit criminel, la common law continue à s'appliquer et à employer les catégories traditionnelles des priviléges limités à des catégories ou à des situations déterminées (*Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193, 2003 CSC 67, par. 11). Cette coexistence de vocabulaires différents et d'institutions juridiques organisées maintenant selon des méthodes

as is evidenced by the confusion surrounding the proper use of the terms solicitor-client privilege, professional secrecy, confidentiality and immunity from disclosure, a situation decried by Proulx J.A. of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Robillard*, [2001] R.J.Q. 1, at para. 30:

[TRANSLATION] The appellant's argument demonstrates a confusion between professional secrecy and solicitor-client privilege. I can hardly blame appellant's counsel for this, as the terms are frequently confused in the French translations of judgments of the Supreme Court of Canada rendered in English, as well as in some provisions of the *Criminal Code*. For example, in *Smith v. Jones* (the French translation of the opinion of Cory J.), the words "secret professionnel" are used to translate "solicitor-client privilege". However, and this is most relevant to the case at bar, in Part VI (ss. 183-196) of the *Criminal Code*, which concerns "Invasion of Privacy", the *Code* refers to the protection of "communications sous le sceau du secret professionnel entre l'avocat et son client" (s. 186(3)), whereas the English version uses the words "privileged communications", without referring to "solicitor-client privilege". To add to the confusion, in the provisions dealing with the seizure of documents in the possession of a lawyer, Parliament limited lawyers' ability to oppose such seizures to cases where "solicitor-client privilege" is claimed. This time, "solicitor-client privilege" is translated as "privilege des communications entre client et avocat" (s. 488.1(2)).

To avoid this type of problem, we must always bear in mind the rich and diverse content of the concept of professional secrecy and know how to distinguish the components touched upon by the specific issues referred to the courts. Instead of speaking about professional secrecy in indiscriminately and carelessly chosen terms, we must first determine whether we are concerned with the obligation of confidentiality or the right to silence, or with the immunity from disclosing confidential information, or with both. In the context of Quebec's statutory framework, the term "professional secrecy" refers to this institution in its entirety. Professional secrecy includes an obligation of confidentiality, which, in areas where it applies, imposes a duty of discretion on lawyers and creates a correlative right to their silence on the part of their clients. In relation to third parties, professional secrecy includes an

juridiques différentes conduit parfois à ces incertitudes terminologiques dont témoignent ces confusions entre privilège avocat-client, secret professionnel, confidentialité ou immunité de divulgation, que déplorait récemment le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Robillard*, [2001] R.J.Q. 1, par. 30 :

Cette proposition de l'appelante peut s'expliquer par une confusion entre le secret professionnel et le privilège avocat-client. Je ne saurais en blâmer l'avocat de l'appelante puisque cette confusion se retrouve fréquemment dans la traduction française de la version originale des jugements de la Cour suprême du Canada et aussi dans certaines dispositions du *Code criminel*. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Smith c. Jones* (la version française de l'opinion du juge Cory), les mots « secret professionnel » sont utilisés pour traduire le « solicitor-client privilege ». Par contre, et cela est important en l'espèce, dans la partie VI (art. 183 à 196) du *Code criminel*, qui concerne les « Atteintes à la vie privée », il est fait mention de la protection des « communications sous le sceau du secret professionnel entre l'avocat et son client » (art. 186(3) C. cr.) alors que, dans le texte anglais on utilise les mots « privileged communications » sans toutefois référer au « solicitor-client privilege ». Pour ajouter à la confusion, dans les dispositions qui traitent de la saisie de documents en possession d'un avocat, le législateur limite l'opposition de l'avocat au seul cas où le document fait l'objet du « solicitor-client privilege », traduit ici par le « privilège des communications entre client et avocat » (art. 488.1(2) C. cr.).

Pour éviter ce type de problème, il faut demeurer conscient de la richesse du contenu de la notion de secret professionnel et savoir distinguer les composantes que touchent les problèmes particuliers soumis aux tribunaux. Plutôt que de parler indistinctement et sans précautions de secret professionnel, il importe de déterminer si l'on traite d'abord de l'obligation de confidentialité ou du droit au silence ou encore de l'immunité de divulgation à l'égard d'informations confidentielles ou d'abord de l'une, puis de l'autre. Dans le cadre législatif québécois, on constate donc que l'expression « secret professionnel » vise l'institution dans son ensemble. Cette dernière inclut une obligation de confidentialité qui, dans les domaines où elle s'applique, impose à l'avocat un devoir de discréetion et crée un droit corrélatif à son silence en faveur de son client. Ensuite, à l'égard des tiers, le secret professionnel comprend

immunity from disclosure that protects the content of information against compelled disclosure, even in judicial proceedings, subject to any other applicable legal rules or principles. Therefore, in this appeal, in order to rule on the admissibility of the questions put to the witnesses summoned by Foster, we must examine the two components of professional secrecy in turn, first the scope of the lawyer's obligation of confidentiality and then the application of the immunity from disclosure designed to protect that confidentiality.

VI. Analysis

A. *Content of the Lawyer's Obligation of Confidentiality*

30 Before determining the effects of immunity from judicial disclosure, we must first define the content and scope of the lawyer's obligation of confidentiality. This exercise itself requires an examination of the methods to be used to establish the true content of professional secrecy in the context of actual lawyer-client relationships. At this stage, some delicate problems may arise, as illustrated by the debate in this case, in establishing the burdens of proof required to invoke professional secrecy or limit its scope.

31 The dispute arises in the context of a longstanding relationship between the City, including the municipal entities to which it succeeded, and the firm of Fasken, Martineau. For many years, lawyers from that firm were retained to represent the SIGED in its dealings with Foster, establish the contractual framework for their joint project and obtain the necessary authorizations from regulators. According to the record now before this Court, this mandate later extended to the legal problems leading up to and following the resiliation of the agreements with the respondent. From that point on, the mandate included defending the appellant in the action brought by Foster.

32 The length and apparent complexity of these mandates make a delicate task of determining what information is in fact protected by the obligation of

une immunité de divulgation qui protège le contenu de l'information contre sa communication forcée, même dans les instances judiciaires, sous les réserves et les limites prévues par les règles et principes juridiques applicables. Ainsi, dans le présent appel, il faudra examiner successivement les deux volets du secret professionnel, soit d'abord la portée de l'obligation de confidentialité de l'avocat, puis la mise en application de l'immunité de divulgation destinée à protéger cette confidentialité, pour statuer sur la recevabilité des questions posées aux témoins assignés par Foster.

VI. Analyse

A. *Le contenu de l'obligation de confidentialité de l'avocat*

Avant de déterminer les effets de l'immunité de divulgation judiciaire, il faut au départ définir le contenu et la portée de l'obligation de confidentialité de l'avocat. Cette étude exige elle-même un examen des méthodes à retenir pour établir le contenu effectif du secret professionnel dans le cadre des relations concrètes que les avocats établissent avec leurs clients. À ce stade peuvent se poser des problèmes délicats, comme l'illustrent les débats dans ce dossier, pour attribuer les fardeaux de preuve qui permettront d'invoquer le secret professionnel ou d'en limiter la portée.

Le litige se situe dans le cadre d'une relation de longue durée entre la Ville et les organismes municipaux auxquels elle a succédé et le cabinet Fasken, Martineau. Pendant plusieurs années, des avocats de cette étude ont été chargés de représenter la SIGED dans ses rapports avec Foster, pour établir le cadre contractuel de leur projet commun et pour obtenir les approbations réglementaires. D'après le dossier maintenant porté devant notre Cour, ce mandat s'est étendu par la suite aux difficultés juridiques qui ont précédé et suivi la résiliation des accords avec l'intimée. Ce mandat comprend désormais la défense de l'appelante dans la poursuite intentée par Foster.

La durée et la complexité apparente de ces mandats rendent délicate la définition des informations effectivement protégées par l'obligation de

confidentiality and, by extension, immunity from judicial disclosure. Although they concurred in their disposition of the case, Rochette and Pelletier J.J.A. adopted different approaches to determine what information was covered by the obligation of confidentiality and what was protected by immunity from disclosure. In essence, Rochette J.A. held that the party invoking professional secrecy should have the initial burden of proving that the information sought is *prima facie* within the ambit of a lawyer's mandate and confidential in nature. For his part, Pelletier J.A. instead recognized the existence of a presumption of confidentiality. He held that the party requesting the information should have to demonstrate that the information was *prima facie* not covered by the lawyer's duty of professional secrecy.

In a context such as this, the choice of an appropriate solution to the problem of applying professional secrecy must be rooted first and foremost in a concern for the social importance that the case law, including that of this Court, attaches to professional secrecy for its role in maintaining a properly functioning justice system and preserving the rule of law in Canada. Any solution must also take into account the evolving nature of the legal profession, in which lawyers are increasingly called upon to provide services in fields well beyond their traditional sphere of practice.

Although the relevant jurisprudence consists for the most part of criminal law cases, it still clearly establishes the fundamental importance of solicitor-client privilege as an evidentiary rule, a civil right of supreme importance and a principle of fundamental justice in Canadian law that serves to both protect the essential interests of clients and ensure the smooth operation of Canada's legal system, as stressed by Arbour J. in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 CSC 61, at para. 49 (see also *Maranda*, *supra*, at para. 11). The lawyer's obligation of confidentiality is necessary to preserve the fundamental relationship of trust between lawyers and clients. Protecting the integrity of this relationship is itself recognized as

confidentialité et, par la suite, par l'immunité de divulgation judiciaire. Bien qu'ils aient concouru dans un dispositif commun, les juges Rochette et Pelletier, qui ont rédigé des opinions distinctes en Cour d'appel, ont adopté des approches différentes pour réussir à identifier les informations visées par l'obligation de confidentialité ainsi que celles que protégerait l'immunité de divulgation. En substance, le juge Rochette a préféré imposer à la partie qui invoque le secret professionnel un fardeau de preuve initial qui lui demande de démontrer, *prima facie*, que les informations recherchées se situent dans le cadre d'un mandat relevant de l'avocat et présentant un caractère confidentiel. Pour sa part, le juge Pelletier préférera reconnaître l'existence d'une présomption de fait en faveur de l'existence de la confidentialité. Il obligeait ainsi la partie qui demandait l'information à justifier *prima facie* qu'elle n'était pas visée par le secret professionnel de l'avocat.

33

L'adoption d'une solution appropriée dans un tel contexte pour la mise en œuvre du secret professionnel doit reposer d'abord sur le respect de l'importance sociale que la jurisprudence, notamment celle de notre Cour, attache à cette institution pour le fonctionnement du système de justice canadien et la préservation de la primauté du droit dans notre pays. Toute solution doit aussi prendre en compte l'évolution des professions juridiques que manifeste l'extension de leurs interventions dans des domaines qui dépassent largement ceux de la pratique traditionnelle des avocats.

34

Bien qu'elle se soit en grande partie constituée à l'occasion d'affaires relevant du droit pénal, la jurisprudence a consacré clairement l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat, à la fois règle de preuve, droit civil important et principe de justice fondamentale en droit canadien, tant pour la protection des intérêts essentiels de ses clients que pour le fonctionnement du système juridique du Canada, comme le soulignait la juge Arbour dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, par. 49 (voir aussi *Maranda*, précité, par. 11). L'obligation de confidentialité imposée à l'avocat s'explique ainsi par la nécessité de préserver une relation fondamentale de confiance entre l'avocat et

indispensable to the continued existence and effective operation of Canada's legal system. It ensures that clients are represented effectively and that the legal information required for that purpose can be communicated in a full and frank manner (*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289, *per* Lamer C.J.; Royer, *supra*, at pp. 891-92).

35 Under s. 9 of the Quebec *Charter*, lawyers enjoy the same protection with respect to professional secrecy as the members of any of the other professional orders governed by the *Professional Code*. However, the scope and intensity of the protection recognized under that provision will vary according to the nature of the duties carried out by the members of the various professional orders and the services they are called upon to render, as well as the other components of the legal schemes governing them (see *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, at pp. 673-75, *per* L'Heureux-Dubé J.). In this context, the general principles of public law laid down by the case law of this Court with regard to the importance of professional secrecy and the particularly sensitive nature of the solicitor-client relationship must not be overlooked when applying this provision and those of the *Act respecting the Barreau du Québec*, which also addresses this subject. Moreover, certain aspects of Quebec tax legislation emphasize the especially critical importance to society and the justice system of professional secrecy between lawyers and clients by strengthening its protection. For example, s. 53.1 of the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31, gives Quebec tax officials the right to examine documents held by professionals, even if this could result in the disclosure of confidential information, except in cases of documents held by a lawyer or a notary (see Royer, *supra*, at p. 977).

36 We must also bear in mind that lawyers' functions and professional qualifications have evolved dramatically. Lawyers' professional activities extend beyond those which are their exclusive prerogative as defined in s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, and s. 129 acknowledges this situation. Lawyers still litigate, represent, advise and draft, but they must often assume other duties in areas where

son client. La protection de l'intégrité de ce rapport est elle-même reconnue comme indispensable à la vie et au bon fonctionnement du système juridique canadien. Elle assure la représentation effective des clients et la communication franche et complète de l'information juridique nécessaire à ceux-ci (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 289, le juge en chef Lamer; Royer, *op. cit.*, p. 891-892).

Le secret professionnel des avocats est protégé comme celui des membres de tous les ordres professionnels régis par le *Code des professions*, selon l'art. 9 de la *Charte québécoise*. Cependant, l'intensité et la portée de la protection que reconnaît cette disposition demeure susceptible de varier suivant la nature des fonctions remplies par les membres des divers ordres professionnels et des services qu'ils sont appelés à rendre, comme des autres composantes du régime juridique qui les encadrent (voir *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, p. 673-675, la juge L'Heureux-Dubé). Dans cette perspective, les principes généraux de droit public qu'a définis la jurisprudence de notre Cour quant à l'importance de ce secret professionnel et à sa sensibilité particulière dans le cas de la relation avocat-client ne doivent pas être oubliés lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre cette disposition et celles de la *Loi sur le Barreau* qui portent sur le même sujet. D'ailleurs, certains aspects de la législation fiscale québécoise soulignent l'importance particulièrement critique de cette institution pour la société et le système de justice en accordant une protection renforcée au secret professionnel liant les avocats et notaires. Ainsi, la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31, art. 53.1, autorise le fisc à examiner les documents détenus par un professionnel, même si cela provoque la divulgation de renseignements confidentiels, sauf dans le cas des avocats et notaires (voir Royer, *op. cit.*, p. 977).

De plus, il faut demeurer conscient que la fonction de l'avocat et les conditions d'exercice de sa profession ont fortement évolué. Son activité professionnelle ne s'arrête pas aux limites du monopole d'exercice que définit l'art. 128 de la *Loi sur le Barreau*, situation dont l'art. 129 prend acte. S'il plaide, s'il représente, s'il conseille ou s'il rédige toujours, il remplit souvent ces fonctions dans des

they find themselves competing with other professionals. The mandates themselves may include a variety of acts and duties that are not always normally associated with the activities of a lawyer in the traditional sense of the term, as pointed out by Binnie J. in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 50:

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, 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.

(See also *Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Legault*, [1989] R.J.Q. 229 (C.A.), at p. 231.)

However, as important as professional secrecy may be, it does have its limits. Not every aspect of relations between a lawyer and a client is necessarily confidential. The exigencies of other values and concern for competing interests may sometimes necessitate the disclosure of confidential information, as provided for under s. 9 of the Quebec Charter (see *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 51; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, at para. 34, *per Major J.*).

This appeal does not require us to examine potential conflicts between the obligation of confidentiality and the exercise of competing rights. Apart from the collateral issue of waiver, the issues in dispute here are limited to identifying the content of the obligation of confidentiality and, above all, determining the methodology for defining and then giving effect to the immunity from judicial disclosure. Even with these limits, the issue remains a sensitive and complex one in practice. It would be inaccurate to reduce the content of the obligation of confidentiality to opinions, advice or counsel given by lawyers to their clients. While this is, on many

secteurs d'activité où il se trouve en concurrence avec d'autres intervenants. Enfin, les mandats eux-mêmes peuvent comprendre des actes et des fonctions divers qui ne correspondront pas toujours à des activités d'avocat au sens propre du terme, comme le soulignait le juge Binnie dans l'affaire *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 50 :

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 — 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.

(Voir aussi *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Legault*, [1989] R.J.Q. 229 (C.A.), p. 231.)

Cependant, si important que soit le secret professionnel, il connaît des limites. Tout n'est pas nécessairement confidentiel lorsqu'un avocat est entré en rapport avec un client. Par ailleurs, les exigences d'autres valeurs ou le souci d'intérêts concurrents imposeront parfois la divulgation d'informations confidentielles, comme le prévoit d'ailleurs l'art. 9 de la Charte québécoise (voir *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 51; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 34, le juge Major). 37

Le présent appel n'exige pas l'examen des conflits potentiels entre l'obligation de confidentialité et l'exercice de droits concurrents. À part le problème accessoire de la renonciation, les questions en jeu se limitent à l'identification du contenu de l'obligation de confidentialité et surtout à la détermination des méthodes pour le définir et donner effet par la suite à l'immunité de divulgation judiciaire. Même dans ces limites, le problème demeure délicat et complexe en pratique. En effet, il serait inexact de tenter de réduire le contenu de l'obligation de confidentialité à celui de l'opinion, de l'avis ou du conseil donné par l'avocat à son client. S'il s'agit souvent 38

occasions, the main goal in creating a professional relationship with a lawyer, it is often the case that this relationship can also entail some highly diverse activities, such as representing clients before various tribunals or administrative bodies, negotiating or drawing up contracts, preparing reports, filling out various forms and having discussions with members of governing bodies of public entities or private corporations. In the course of carrying out these mandates, lawyers receive and send out a wide range of information. Some of these activities, such as the filing of pleadings or representing a client in court, pose few difficulties because of their public nature. However, when the professional relationship arises out of a complex and prolonged mandate, as in the case at bar, the limits of the scope of application of the obligation of confidentiality can sometimes only be arrived at after the court has taken a close look at the relationship between the parties, including the nature and context of the professional services rendered.

39 Despite the intense nature of the obligation of confidentiality and the importance of professional secrecy, not all facts and events that lawyers deal with in the execution of their mandates are covered by professional secrecy, nor does the legal institution of professional secrecy exempt lawyers from testifying about facts involving their clients in all situations. To illustrate, let us take the case of a lawyer who holds discussions with a client while riding as a passenger in the client's car. In the event of an accident, the lawyer would not be competent to testify about the opinion he or she was giving the client at the time of the incident, but could be forced to answer questions regarding whether the car was travelling above the speed limit. We must use an analytical method that upholds professional secrecy while allowing us to resolve difficulties of this sort.

40 It is unrealistic to expect that we could set absolutely clear and simple rules and tests that would leave trial courts with no margin of uncertainty or individual discretion in such matters. Solutions will vary and must be tailored to the circumstances of a case. In the case of an individual professional act, the person claiming professional secrecy would without doubt need only simple or summary

de l'objectif principal de la création de la relation professionnelle, il arrive aussi que celle-ci implique des actes très diversifiés de représentation devant des tribunaux ou des organismes variés, des négociations ou des rédactions de contrats, de rapports ou de formulaires divers ou des discussions avec les membres des organismes dirigeants de corps publics ou de sociétés commerciales. Au cours de l'exécution de ces mandats, l'avocat reçoit et transmet des informations diverses. Certaines de ces activités ne soulèvent aucune difficulté en raison de leur caractère public, comme le dépôt d'actes de procédure ou les actes de représentation devant un tribunal. Cependant, lorsque la relation professionnelle découle d'un mandat complexe, à exécution prolongée, comme dans le présent dossier, la délimitation de l'aire d'application de l'obligation de confidentialité exige du tribunal une analyse parfois poussée des rapports entre les parties, comme de la nature et du contexte des services professionnels rendus.

En effet, en dépit de l'intensité de l'obligation de confidentialité et de l'importance du secret professionnel, celui-ci ne couvre pas nécessairement tous les faits ou tous les événements que constate l'avocat au cours de l'exécution de son mandat. Le régime juridique du secret professionnel ne le dispense pas non plus en toutes circonstances de témoigner sur des faits impliquant ses clients. Passager dans une automobile en discussion avec son client, il ne serait pas admissible à témoigner sur l'opinion qu'il lui donnait alors, mais pourrait être forcé de rendre témoignage sur l'excès de vitesse qui aurait provoqué une collision. On doit alors rechercher une méthode d'analyse respectueuse du secret professionnel qui permette de résoudre ce genre de difficultés.

On rêverait sans doute vainement de règles et de techniques absolument claires et simples, qui ne laisseraient jamais place à une marge d'incertitude, ni de jugement prudentiel de la part des tribunaux de première instance. Les solutions varient en fonction des circonstances. Ainsi, dans le cas d'un acte professionnel ponctuel, une preuve simple ou sommaire suffirait sans doute au titulaire du secret

evidence to show the confidentiality of the information sought and his or her right to immunity from disclosure. The burden of proof can thus be placed on the professional without compromising the exercise and integrity of the institution.

In the case of complicated and prolonged mandates, the obligation of justifying each case as one where confidentiality and, by extension, immunity from judicial disclosure apply is poorly adapted to the nature of professional relationships and the safeguards required to maintain secrecy in an effective manner. In a case such as the one before this Court, the client and lawyer would be expected to dissect all facets of their relationship in order to characterize them and consequently invoke immunity from disclosing some elements, but not others (*Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Legault, supra*, at p. 231). Proceeding in this manner multiplies the risks of disclosing confidential information and further weakens professional secrecy, an institution that the legislature and the courts have afforded strong and generous protection (*Poulin v. Prat*, [1994] R.D.J. 301 (C.A.), at p. 307; *McClure, supra*, at para. 33).

In such cases, a different method would be preferable. It would be enough to have the party invoking professional secrecy establish that a general mandate had been given to a lawyer for the purpose of obtaining a range of services generally expected of a lawyer in his or her professional capacity. At this stage, there would be a presumption of fact, albeit a rebuttable one, to the effect that all communications between client and lawyer and the information they shared would be considered *prima facie* confidential in nature. Although the case concerned a different field of law, namely criminal procedure, this Court recommended an analogous method in the initial steps of the examination of difficulties arising out of potential conflicts between solicitor-client privilege in the common law and the need to protect the presumption of innocence (*McClure, supra*, at paras. 46-51). The opposing party would then have to give a specific indication of the nature of the information sought and show that it is subject neither to the obligation of confidentiality nor

professionnel pour établir la confidentialité des informations recherchées et son droit à une immunité de divulgation. La charge de la preuve paraît alors pouvoir lui être imposée sans compromettre le fonctionnement et l'intégrité de l'institution.

Dans le cas des mandats complexes et à exécution prolongée, l'imposition d'une obligation de justifier de chaque cas d'application de la confidentialité, puis de l'application de l'immunité de divulgation judiciaire paraît mal adaptée à la fois à la nature des rapports professionnels et aux exigences d'une protection efficace du secret. Dans un cas comme celui que nous examinons, il faudrait obliger le client et son avocat à tenter de disséquer l'ensemble des éléments de leur relation pour réussir à les qualifier et à invoquer ensuite l'immunité de divulgation à l'égard de certains éléments et non à l'égard d'autres (*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Legault*, précité, p. 231). Une telle démarche multiplierait les risques de divulgation d'informations confidentielles et affaiblirait d'autant un secret professionnel auquel le législateur et la jurisprudence ont voulu assurer une protection forte et généreuse (*Poulin c. Prat*, [1994] R.D.J. 301 (C.A.), p. 307; *McClure*, précité, par. 33).

En pareil cas, une méthode différente paraît préférable. Il suffirait d'exiger de la partie désireuse d'invoquer le secret professionnel qu'elle établisse qu'un mandat général a été confié à un avocat pour rendre une gamme de services que l'on attend en général de lui, en sa qualité professionnelle. À cette étape, s'appliquerait une présomption de fait, réfragable toutefois, selon laquelle l'ensemble des communications entre le client et l'avocat et des informations seraient considérées *prima facie* de nature confidentielle. Bien qu'il se soit agi d'un domaine différent, soit la procédure pénale, notre Cour a d'ailleurs recommandé une méthode analogue aux étapes initiales de l'examen des difficultés causées par les conflits potentiels entre le privilège de l'avocat en common law et le souci de sauvegarder la présomption d'innocence (*McClure*, précité, par. 46-51). Il appartiendrait à la partie adverse de préciser la nature des informations qu'elle recherche et de justifier qu'elles ne sont soumises ni à l'obligation de confidentialité, ni à l'immunité de divulgation, ou

to immunity from disclosure, or that this is a case where the law authorizes disclosure notwithstanding professional secrecy. This method would have procedural consequences. The opposing party would be obliged to ask precise and limited questions about the information sought. This sort of question would better take into account the sensitive nature of any line of questioning regarding professional relationships between clients and lawyers and the need to minimize violations of professional secrecy. This would prevent "fishing expeditions" in which lawyers, through the files they handle and reports they prepare for their clients, are used as a source of information for building cases against their own clients. One would also hope that every effort would first be made to obtain the information from available sources other than lawyers. A sound judicial policy, mindful of the social importance of lawyers' professional secrecy and the need to protect it, should certainly not attempt to facilitate this sort of questioning, but rather restrain it as much as possible.

Having laid down these principles, I now turn to an examination of Foster's questions in their reworked and clarified form. Despite the preliminary nature of the questions, their initial, overly general form could easily raise serious concerns about the potential for massive violations of professional secrecy. They inevitably provoked the appellant's total and uncompromising, yet in the circumstances of the case completely understandable, opposition. However, now that questions 4, 8, 20 and 23(A) have been reformulated by counsel for Foster, they aim solely to obtain information about two specific facts: the identity of the project submitted to the regulatory approval process and the status of that process. In both cases, this sort of information does not engage an obligation of confidentiality on the part of the lawyer, and the disclosure of this information is not prohibited. As the Court of Appeal concluded, these questions could, within the limits of the new formulation given to them by counsel for the respondent, be asked in the context of discovery. Any problems raised by or subsequent questions stemming from the answers to these questions could be dealt with by the trial judge.

qu'il s'agit d'un cas où la loi autoriserait la divulgation en dépit de l'existence du secret professionnel. Cette méthode aurait des conséquences procédurales. Elle obliguerait la partie à poser des questions précises et limitées sur les informations recherchées. Ce type de question prendrait mieux en compte la sensibilité de tout interrogatoire sur les relations professionnelles entre un client et son avocat et la nécessité de minimiser les atteintes au secret professionnel liant ce dernier. Elle éviterait les « expéditions de pêche » qui chercheraient à utiliser l'avocat comme source d'information contre son client, à partir des dossiers qu'il tient pour lui et des rapports qu'il est appelé à lui faire. On peut aussi espérer que l'on chercherait d'abord à obtenir les informations disponibles d'autres sources que les avocats. Une bonne politique judiciaire, consciente de l'importance sociale du secret professionnel de l'avocat et de la nécessité de sa protection, ne doit certes pas chercher à faciliter ce type d'interrogatoires, mais plutôt à les restreindre autant que faire se peut.

Ces principes posés, je passerai maintenant à l'examen des questions de Foster, telles qu'elles ont été remaniées et précisées. Leur forme initiale, trop générale, en dépit de leur caractère préliminaire, pouvait facilement provoquer des craintes sérieuses de violations massives du secret professionnel. Elles ont inévitablement provoqué de la part de l'appelante une contestation totale et rigide, mais fort compréhensible dans le contexte de ce dossier. Toutefois, telles qu'elles ont été maintenant précisées par les avocats de Foster, les questions 4, 8, 20 et 23A visent seulement à obtenir des informations sur deux faits précis, l'identité du projet soumis à la procédure d'approbation réglementaire et l'état de cette procédure. Dans les deux cas, ce type d'information ne relève pas de l'obligation de confidentialité de l'avocat, et leur divulgation n'est pas interdite. Comme l'a conclu la Cour d'appel, mais dans les limites de leur nouvelle formulation par les procureurs de l'intimée, ces questions pouvaient être posées dans le cadre des interrogatoires préalables. Toute difficulté que poseraient les réponses à ces questions et les nouvelles questions qui en découleraient devront être réglées par le juge de première instance.

B. Production of Documents

A problem remains concerning questions 19 and 23(B). These questions seek the production of various documents. The City maintains its objection to these questions, claiming that the documents sought are confidential. Many of these documents are alleged to be covered by an immunity from disclosure, which in Quebec civil law is roughly equivalent to the common law's litigation privilege. This privilege protects documents prepared by a lawyer for the purposes of contemplated or ongoing litigation. Although originating in the common law, litigation privilege is now being absorbed into the Quebec civil law concept of professional secrecy. In Quebec's law of evidence in civil matters, these documents are effectively treated as being confidential and protected by an immunity from disclosure (see Royer, *supra*, at p. 868; *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Fava*, [1984] C.A. 639; *Société d'énergie de la Baie James v. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637 (C.A.), at pp. 645 and 653).

The trial judge rejected the objection. The Court of Appeal allowed the appeal in part on this point and ordered the Superior Court to examine the documents before ruling on whether immunity from judicial disclosure should be accorded.

The City was unhappy with this part of the Court of Appeal's decision, as the City still wished to prohibit the production of documents it claimed to be covered by professional secrecy. The City opposed even allowing the trial court to examine these documents.

The City's attitude is without doubt motivated by a cautious tactical strategy which seeks to avoid allowing the trial judge to be influenced by the content of documents the City alleges are inadmissible. These concerns, while common, are unjustified. We must remember that every day judges must rule on the admissibility of evidence that they must inspect or hear before excluding, and that this duty is an indispensable part of their role in the conduct of civil or criminal trials. Judges understand that they must disregard any evidence that they deem inadmissible and base their judgments solely on the evidence entered into the court record. Seen in this light, the

B. La production de documents

Une difficulté subsiste quant aux questions 19 et 23B). Ces questions demandent la production de divers documents. La Ville y fait toujours objection. Elle soutient qu'elles visent des documents confidentiels. Nombre de ceux-ci seraient couverts par une immunité de divulgation qui, en droit québécois, correspondrait au « *litigation privilege* » de common law. Ce « privilège » vise à protéger les documents préparés pour un avocat dans la perspective d'un procès appréhendé ou en cours. Provenant de la common law, ce privilège tend maintenant, en droit québécois, à être absorbé dans l'institution du secret professionnel. En effet, en droit de la preuve civile du Québec, ces documents sont considérés comme confidentiels et protégés par une immunité de divulgation (voir Royer, *op. cit.*, p. 868; *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fava*, [1984] C.A. 639; *Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637 (C.A.), p. 645 et 653).

Le juge de première instance avait rejeté l'objection. La Cour d'appel a accueilli en partie le pourvoi sur ce point, pour ordonner que la Cour supérieure examine les documents avant de statuer sur l'application de l'immunité de divulgation judiciaire.

Cette partie de larrêt de la Cour d'appel n'a pas satisfait la Ville qui demande toujours d'interdire la production des documents, qu'elle affirme toujours visés par le secret professionnel. Elle s'oppose même à ce que le tribunal de première instance en prenne connaissance.

Une pareille attitude s'explique sans doute par un souci de prudence tactique, qui veut éviter que le juge du procès soit influencé par le contenu de documents que l'on estime inadmissibles. Sans doutes fréquentes, ces inquiétudes ne se justifient pas. Il faut se souvenir que, quotidiennement, les juges doivent se prononcer sur la recevabilité d'éléments de preuve qu'ils doivent examiner ou entendre avant de les écarter et que cette fonction constitue une part indispensable de leur rôle dans la conduite des procès civils ou criminels. Ils savent qu'ils doivent oublier les éléments de preuve qu'ils ont jugés inadmissibles et ne rendre jugement que

44

45

46

47

appellant's argument would have us ask judges not to carry out one of their core functions in the consideration of evidence, based on the unverified and unverifiable statement of the appellant's counsel. I would very much like to take the appellant's counsel at their word and trust in their oath of office, but the courts do not even have at their disposal a sworn statement identifying the documents in dispute and giving a summary of the nature of their content and of the reasons for objecting to their production. In these circumstances, the City is asking the courts to abdicate their traditional role of ruling on the admissibility and relevance of evidence that is always accorded them, with certain exceptions, under the applicable law of evidence in Canada. The fate of these objections cannot be decided on the mere basis of one party's unilateral declaration. The judge must carry out the function of verifying these documents, as the Court of Appeal rightly decided (see *Champagne v. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247 (C.A.); *Lab Chrysotile Inc. v. Société Asbestos Ltée*, [1993] R.D.J. 641 (C.A.)). After examining the documents, the judge may rule on the admissibility of the request for access. It is also worth noting that the rules of practice in some provinces expressly recognize this critical component of judges' duties (see Rule 30.04(6) of the *Rules of Civil Procedure* of Ontario, R.R.O. 1990, Reg. 194; Rule 31.04(4) of the *Rules of Court* of New Brunswick).

C. Waiver of Confidentiality

48

Before I conclude, despite the rejection of the City's objections, I believe it would still be useful to comment on one of the reasons given by the Court of Appeal for allowing the questions about the December 2, 1995 meeting of the SIGED. The Court of Appeal's conclusions on this point could affect the conduct of the parties' examinations on discovery, if not the evidence at trial. The Court ruled that the mere presence of a professional facilitator hired for the purpose of chairing that meeting implied a waiver of professional secrecy, given that a third party attended the meeting in question.

sur la base de la preuve reçue au dossier du tribunal. Dans cette optique, la proposition avancée par l'appelante invite le juge à ne pas exercer une de ses fonctions centrales dans l'examen de la preuve pour s'en remettre à l'affirmation invérifiée et invérifiable des avocats de l'appelante. Je veux bien croire à leur bonne foi et me fier à leur serment d'office, mais il demeure que les tribunaux n'ont même pas eu à leur disposition une déclaration assermentée qui identifierait les documents en litige et décrirait sommairement leur nature et celle de l'objection à leur production. Dans un tel contexte, la prétention de la Ville demande aux tribunaux d'abdiquer la fonction traditionnelle de décider de l'admissibilité et de la pertinence des éléments de preuve, que leur laisse toujours, sauf exceptions, le droit de la preuve applicable au Canada. Ces objections ne peuvent être tranchées sur la seule déclaration unilatérale d'une partie. Le juge doit effectuer son travail de vérification, comme l'a décidé à bon droit la Cour d'appel (voir *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247 (C.A.); *Lab Chrysotile Inc. c. Société Asbestos Ltée*, [1993] R.D.J. 641 (C.A.)). Après cet examen, il statuera sur la recevabilité de cette demande de communication de documents. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les règles de pratique de certaines provinces reconnaissent explicitement l'existence de cette fonction nécessaire du juge (voir par. 30.04(6) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194; règle 31.04(4) des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick).

C. La renonciation à la confidentialité

Avant de conclure, malgré le rejet des objections de la Ville, quelques commentaires semblent toujours utiles à l'égard de l'un des motifs retenus par la Cour d'appel afin d'admettre la recevabilité des questions posées au sujet de l'assemblée du 2 décembre 1995 de la SIGED. Ses conclusions sur ce point paraissent susceptibles d'affecter la conduite des interrogatoires préalables des parties, sinon la preuve au procès. En effet, le jugement dont l'appel a conclu que la seule présence d'une animatrice professionnelle, engagée comme présidente d'assemblée pour cette réunion, impliquait une renonciation au secret professionnel, puisqu'une tierce personne assistait ainsi à la réunion en question.

This conclusion is incorrect, given the circumstances of this case. The meeting was held with a view to maintaining confidentiality. The intensity of the political conflict within the municipal body prevented the chair from carrying out his duties. To maintain order at the meeting in every aspect, including with respect to the reports to be tabled by public servants or lawyers, the Régie had hired an independent person to moderate the proceedings as if she were the Chair. The presence of this facilitator was not only helpful but necessary. Under these conditions, the facilitator's presence did not imply a waiver of professional secrecy (*Pfieffer et Pfieffer Inc. v. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1 (C.A.), at pp. 6 and 8). The facilitator was a temporary participant in the organization and its deliberations, performing a function necessary for its effective operation. The meeting still took place *in camera*, with a view to maintaining the confidentiality that was so critical to the participants' discussions, despite the presence of opposing factions within the organization and divergent views on the desirability and the execution of the project in question. The nature of the meeting and the discussions remained the same. In these circumstances, we cannot infer from this procedure an implied waiver of professional secrecy with regard to communications made by the lawyers who took part in the meeting in the capacity of legal advisers of the SIGED and the Régie.

VII. Conclusion

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondent: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the intervenor Barreau du Québec: Shadley Battista, Montréal.

Cette conclusion est erronée dans les circonstances de cette affaire. En effet, cette réunion a été tenue dans une perspective de maintien de la confidentialité. L'intensité du conflit politique au sein de l'organisme municipal empêchait le président d'assemblée de remplir ses fonctions. Pour assurer le bon ordre de la réunion, sous tous ses aspects, y compris quant aux rapports qui devaient être présentés par des fonctionnaires ou des avocats, la Régie avait engagé une personne indépendante que l'on avait chargée de diriger les débats comme si elle avait été la présidente. La présence de cette animatrice était non seulement utile, mais même nécessaire pour l'assemblée. Dans ces conditions, sa présence n'impliquait aucune renonciation au secret professionnel (*Pfieffer et Pfieffer Inc. c. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1 (C.A.), p. 6 et 8). L'animatrice s'intégrait temporairement dans l'organisme et sa procédure de délibération, pour remplir une fonction nécessaire à la bonne marche de celle-ci. Cette rencontre restait à huis clos, toujours dans une perspective de confidentialité indispensable des échanges entre les intervenants, malgré la présence de factions opposées à l'intérieur de l'organisme et de perceptions divergentes sur l'opportunité et la réalisation du projet en cause. La nature de l'assemblée et de la discussion demeurait la même. Dans ces circonstances, l'on ne pouvait induire de cette procédure une renonciation au secret professionnel à l'égard des communications faites par les avocats qui participaient à la rencontre, en qualité de conseillers juridiques de la SIGED et de la Régie.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Shadley Battista, Montréal.

Solicitors for the intervenor the Canadian Bar Association: Grondin Poudrier Bernier, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Grondin Poudrier Bernier, Québec.

City of Calgary Appellant

v.

United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta, Rashpal Singh Gosal, Haringer Singh Dhesi, Aero Cab Ltd. and Air Linker Cab Ltd. Respondents

and

Attorney General of Alberta Intervener

INDEXED AS: UNITED TAXI DRIVERS' FELLOWSHIP OF SOUTHERN ALBERTA v. CALGARY (CITY)

Neutral citation: 2004 SCC 19.

File No.: 29321.

2003: December 8; 2004: March 25.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Municipal law — Bylaws — Jurisdiction to pass bylaws — Municipal bylaw regulating taxi industry by stipulating licence requirements and freezing number of licences — Proper approach to interpretation of statutes empowering municipalities — Whether bylaw ultra vires municipality under its governing legislation — Municipal Government Act, S.A. 1994, c. M-26.1, ss. 7, 8, 9.

Administrative law — Judicial review — Standard of review applicable to decision of municipality delineating its jurisdiction.

The City of Calgary regulates its taxi industry by virtue of the *Taxi Business Bylaw* which requires that all taxis have a taxi plate licence. In 1993, the bylaw froze the number of taxi plate licences issued. The following year, the provincial government enacted a new *Municipal Government Act*. The respondents challenged the validity of the freeze on the issuance of taxi plate licences on the basis that the freeze is *ultra vires* the City under its governing legislation, the *Municipal Government Act*. The trial judge held that the City had authority under the new

Ville de Calgary Appelante

c.

United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta, Rashpal Singh Gosal, Haringer Singh Dhesi, Aero Cab Ltd. et Air Linker Cab Ltd. Intimés

et

Procureur général de l'Alberta Intervenant

RÉPERTORIÉ : UNITED TAXI DRIVERS' FELLOWSHIP OF SOUTHERN ALBERTA c. CALGARY (VILLE)

Référence neutre : 2004 CSC 19.

Nº du greffe : 29321.

2003 : 8 décembre; 2004 : 25 mars.

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

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

Droit municipal — Règlements — Compétence en matière d'adoption de règlement — Règlement municipal régissant le secteur des taxis en prévoyant des exigences en matière de permis et le gel du nombre de permis — Démarche à adopter pour l'interprétation des lois habilitant les municipalités — Le règlement outrepasse-t-il la compétence conférée à la municipalité par la loi habilitante? — Municipal Government Act, S.A. 1994, ch. M-26.1, art. 7, 8, 9.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision de la municipalité de définir sa compétence.

La Ville de Calgary réglemente son secteur des taxis en l'assujettissant au *Taxi Business Bylaw*, qui exige que tous les taxis aient une plaque de taxi. En 1993, le règlement gèle le nombre de plaques de taxi pouvant être délivrées. L'année suivante, le gouvernement de la province a édicté une nouvelle *Municipal Government Act*. Les intimés contestent la validité du gel de la délivrance de plaques de taxi au motif qu'il outrepasse la compétence conférée à la municipalité par la loi habilitante, la *Municipal Government Act*. Selon le juge de première

Act to limit the number of taxi plate licences. A majority of the Court of Appeal reversed that decision.

Held: The appeal should be allowed.

The City of Calgary was authorized under the *Municipal Government Act* to enact the bylaw and to limit the number of taxi plate licences. Municipalities must always be correct in delineating their jurisdiction. Such questions will always be subject to a standard of review of correctness.

The evolution of the municipality has produced a shift in the proper approach to interpreting statutes that empower municipalities. A broad and purposive approach to the interpretation of municipal legislation reflects the true nature of modern municipalities which require greater flexibility in fulfilling their statutory purposes and is consistent with the Court's approach to statutory interpretation generally. The *Municipal Government Act* reflects the modern method of drafting municipal legislation which must be construed using this broad and purposive approach.

Under the *Municipal Government Act* the City still has the power to limit the issuance of taxi plate licences. There is no indication in the Act that the legislature intended to remove the municipality's power to limit the number of taxi plate licences. To the contrary, s. 9(b) indicates that the legislature sought to enhance the City's powers under the Act. Further, the respondents' narrow interpretation cannot be reconciled with the language of the Act. Section 7 which empowers municipalities to pass bylaws respecting business must be read with s. 8 of the Act illustrating some of the broad powers exercisable by a municipality. The power to limit the number of licences could fall under either s. 8(a), the power to regulate, or s. 8(c), the power to provide for a system of licences. Thus, the City has the power under the Act to pass bylaws limiting the number of taxi plate licences.

Cases Cited

Referred to: *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Merritt v. City of Toronto (1895)*, 22 O.A.R. 205.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Bill of Rights, R.S.A. 2000, c. A-14, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6, 7, 15.

instance, la nouvelle loi accorde à la Ville le pouvoir de limiter le nombre de plaques de taxi. La Cour d'appel, à la majorité, infirme cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La *Municipal Government Act* accorde à la Ville de Calgary le pouvoir d'édicter le règlement et de limiter le nombre de plaques de taxi. Les décisions des municipalités doivent toujours être correctes quand il s'agit de délimiter leur compétence. L'examen de telles questions devra toujours se faire selon la norme de la décision correcte.

L'évolution de la municipalité a entraîné un virage dans la démarche à adopter pour interpréter les lois habilitant les municipalités. Une interprétation téléologique large des lois sur les municipalités reflète la véritable nature des municipalités modernes, qui ont besoin de plus de souplesse pour réaliser les objets de leur loi habilitante et est compatible avec l'approche générale adoptée par la Cour en matière d'interprétation législative. La *Municipal Government Act* reflète la méthode moderne de rédaction des lois sur les municipalités, auxquelles il faut donner une interprétation téléologique large.

En vertu de la *Municipal Government Act*, la Ville a encore le pouvoir de limiter le nombre de plaques de taxi. Rien dans la loi n'indique que le législateur avait l'intention de supprimer le pouvoir des municipalités de limiter le nombre de plaques de taxi. Au contraire, l'al. 9b) indique que le législateur cherchait à accroître les pouvoirs de la Ville en vertu de la loi. De plus, l'interprétation restrictive proposée par les intimés ne peut se concilier avec le libellé de la loi. L'article 7, qui habilité les municipalités à prendre des règlements sur les activités commerciales, doit être interprété conjointement avec l'art. 8 de la loi, qui donne quelques exemples du pouvoir général dont est dotée une municipalité. Le pouvoir de limiter le nombre de permis pourrait découler soit du pouvoir de réglementer, prévu à l'al. 8a), soit du pouvoir d'établir un régime de permis, prévu à l'al. 8c). Ainsi, la Ville est habilitée par la loi à édicter des règlements limitant le nombre de plaques de taxi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Merritt c. City of Toronto (1895)*, 22 O.A.R. 205.

Lois et règlements cités

Alberta Bill of Rights, R.S.A. 2000, ch. A-14, art. 1.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 6, 7, 15.

Cities Act, S.S. 2002, c. C-11.1.
City of Calgary, Bylaw No. 91/77, Taxi Business Bylaw (April 18, 1977), ss. 7(1), 9.1(a), (b) [am. 23M93], 9.2(a), (b), 9.3(a).
Gaming and Liquor Act, R.S.A. 2000, c. G-1, s. 37(1)(d).
Interpretation Act, R.S.A. 2000, c. I-8, s. 10.
Municipal Act, R.S.Y. 2002, c. 154.
Municipal Act, S.M. 1996, c. 58, C.C.S.M. c. M225.
Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25.
Municipal Government Act, R.S.A. 1980, c. M-26, ss. 234(1) [am. 1991, c. 23, s. 3(13)], (2)(a) [*idem*], (b) [*idem*], 8.
Municipal Government Act, S.A. 1994, c. M-26.1 [now R.S.A. 2000, c. M-26], ss. 3, 7, 8, 9, 70-75, 715.
Municipal Government Act, S.N.S. 1998, c. 18.
Wildlife Act, R.S.A. 2000, c. W-10, s. 13(1)(a).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Oxford English Dictionary, vol. XIII, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "regulate".
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [2002] 8 W.W.R. 51, 3 Alta. L.R. (4th) 211, 303 A.R. 249, 273 W.A.C. 249, 94 C.R.R. (2d) 290, 30 M.P.L.R. (3d) 155, [2002] A.J. No. 694 (QL), 2002 ABCA 131, reversing a judgment of the Court of Queen's Bench (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 165, 217 A.R. 1, 45 M.P.L.R. (2d) 16, [1998] A.J. No. 1478 (QL), 1998 ABQB 184. Appeal allowed.

Leila J. Gosselin, Brand R. Inlow, Q.C., and R. Shawn Swinn, for the appellant.

Dale Gibson and Sandra Anderson, for the respondents United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta, Rashpal Singh Gosal and Haringer Singh Dhesi.

No one appeared for the respondent Aero Cab Ltd.

Gabor I. Zinner, for the respondent Air Linker Cab Ltd.

Cities Act, S.S. 2002, ch. C-11.1.
Gaming and Liquor Act, R.S.A. 2000, ch. G-1, art. 37(1)d.
Interpretation Act, R.S.A. 2000, ch. I-8, art. 10.
Loi de 2001 sur les municipalités, L.O. 2001, ch. 25.
Loi sur les municipalités, L.M. 1996, ch. 58, C.P.L.M. ch. M225.
Loi sur les municipalités, L.R.Y. 2002, ch. 154.
Municipal Government Act, R.S.A. 1980, ch. M-26, art. 234(1) [mod. 1991, ch. 23, art. 3(13)], (2)a) [*idem*], b) [*idem*], 8.
Municipal Government Act, S.A. 1994, ch. M-26.1 [maintenant R.S.A. 2000, ch. M-26], art. 3, 7, 8, 9, 70-75, 715.
Municipal Government Act, S.N.S. 1998, ch. 18.
Ville de Calgary, Règlement n° 91/77, Taxi Business Bylaw (18 avril 1977), art. 7(1), 9.1a), b) [mod. 23M93], 9.2a), b), 9.3a).
Wildlife Act, R.S.A. 2000, ch. W-10, art. 13(1)a).

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Nouveau Petit Robert. Paris : Le Robert, 2003, « réglementer ».
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [2002] 8 W.W.R. 51, 3 Alta. L.R. (4th) 211, 303 A.R. 249, 273 W.A.C. 249, 94 C.R.R. (2d) 290, 30 M.P.L.R. (3d) 155, [2002] A.J. No. 694 (QL), 2002 ABCA 131, qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 165, 217 A.R. 1, 45 M.P.L.R. (2d) 16, [1998] A.J. No. 1478 (QL), 1998 ABQB 184. Pourvoi accueilli.

Leila J. Gosselin, Brand R. Inlow, c.r., et R. Shawn Swinn, pour l'appelante.

Dale Gibson et Sandra Anderson, pour les intimés United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta, Rashpal Singh Gosal et Haringer Singh Dhesi.

Personne n'a comparu pour l'intimée Aero Cab Ltd.

Gabor I. Zinner, pour l'intimée Air Linker Cab Ltd.

Lorne Merryweather, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Overview

1 The City of Calgary (the “City”) regulates its taxi industry by virtue of Bylaw No. 91/77, the *Taxi Business Bylaw* (the “bylaw”), which sets out several licensing requirements. Among them is a requirement that all taxi vehicles have a taxi plate licence. In 1986, the City’s Taxi Commission adopted a restricted entry system for the taxi business to increase efficiency and stability, and accordingly froze the number of taxi plate licences. The freeze was continued in 1993 under s. 9.1 of the bylaw. Other sections of the bylaw permitted the transfer of licences and the creation of a lottery system to distribute revoked or relinquished licences. The following year, the provincial government enacted a new *Municipal Government Act*, S.A. 1994, c. M-26.1 (now R.S.A. 2000, c. M-26). Section 715 of the new Act deemed the existing bylaw to have the same effect as if it had been passed under the new Act.

2 The respondents, the United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta, Rashpal Singh Gosai, Haringer Singh Dhesi, Aero Cab Ltd. and Air Linker Cab Ltd., challenged the validity of the freeze and the lottery process. The respondents sought a declaration that the City’s actions were: *ultra vires* the City’s governing legislation, the *Municipal Government Act*; a violation of the common law rule prohibiting municipalities from enacting discriminatory legislation; and an unconstitutional violation of their mobility rights, their right to liberty and their right to be free from discrimination as guaranteed by ss. 6, 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The only issue before this Court is whether the City’s freeze on the issuance of taxi plate licences

Lorne Merryweather, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Survol

La Ville de Calgary (la « Ville ») réglemente son secteur des taxis en l’assujettissant au règlement n° 91/77, le *Taxi Business Bylaw* (le « règlement »), qui prévoit plusieurs exigences en matière de permis, notamment l’obligation pour tous les véhicules servant au transport par taxi d’avoir une plaque de taxi. En 1986, la commission des taxis de la Ville a instauré un régime d’entrée restreinte dans le secteur des taxis afin d’en améliorer l’efficacité et la stabilité et a, donc, gelé le nombre de plaques de taxi. Le gel s’est poursuivi en 1993 en vertu de l’art. 9.1 du règlement. D’autres dispositions du règlement autorisent le transfert de permis de taxi et la création d’un système de loterie permettant la distribution de ceux qui ont été révoqués ou délaissés. L’année suivante, le gouvernement de la province a édicté une nouvelle *Municipal Government Act*, S.A. 1994, ch. M-26.1 (maintenant R.S.A. 2000, ch. M-26). Selon l’art. 715 de la nouvelle loi, le règlement existant est réputé avoir le même effet que s’il avait été pris en vertu de la nouvelle loi.

Les intimés, la United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta, Rashpal Singh Gosai, Haringer Singh Dhesi, Aero Cab Ltd. et Air Linker Cab Ltd., ont contesté la validité du gel et du système de loterie. Ils ont sollicité un jugement déclarant que les mesures prises par la Ville outrepasse la compétence que lui confère sa loi habilitante, la *Municipal Government Act*, violent la règle de common law interdisant aux municipalités de prendre des règlements discriminatoires et portent atteinte à leur liberté de circulation et d’établissement, à leur droit à la liberté et à leur droit d’être protégés contre la discrimination, contrairement aux art. 6, 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La seule question dont est saisie la Cour consiste à savoir si le gel

was *ultra vires* the City under the *Municipal Government Act*.

The trial judge concluded that the City had the authority under the *Municipal Government Act* to limit the number of taxi plate licences: (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 165, 1998 ABQB 184. The majority of the Court of Appeal disagreed: [2002] 8 W.W.R. 51, 2002 ABCA 131. Wittmann J.A., writing for the majority, concluded that while the old *Municipal Government Act* expressly granted the City the power to limit the number of taxi plate licences, the new Act did not. O'Leary J.A., in dissent, held that the new *Municipal Government Act* expressly and impliedly authorized the limit on the issuance of taxi plate licences.

II. Relevant Statutory Provisions

City of Calgary, Bylaw No. 91/77 (*Taxi Business Bylaw*)

7. (1) The Commission may limit the number of taxi licenses, which may be issued in any one-license period.

9.1 (a) The prohibition on the issuance of any new taxi licenses for the operation of a regular class taxi instituted by the Taxi Commission as of February 6, 1986, and continued by the Taxi Commission up to the date of the passage of this Bylaw, is hereby continued and the Taxi Commission shall issue no new licenses for the operation of a regular class taxi but only renew to licensees, in accordance with the Taxi Business Bylaw, such regular class taxi licenses as were issued to such licensees for the previous license year.

(b) Notwithstanding subsection (a) the Taxi Commission may issue licenses in accordance with the lottery provisions described in Section 9(28)

9.2 (a) "immediate family member" means the spouse, siblings or children of the taxi licensee.

de la délivrance de plaques de taxi imposé par la Ville outrepasse la compétence que lui confère la *Municipal Government Act*.

Selon le juge de première instance, la *Municipal Government Act* habilite la Ville à limiter le nombre de plaques de taxi : (1998), 60 Alta. L.R. (3d) 165, 1998 ABQB 184. La Cour d'appel, à la majorité, exprime son désaccord : [2002] 8 W.W.R. 51, 2002 ABCA 131. Le juge Wittmann, au nom de la majorité, conclut que l'ancienne *Municipal Government Act*, contrairement à la nouvelle loi, accorde expressément à la Ville le pouvoir de limiter le nombre de plaques de taxi. Le juge O'Leary, dissident, conclut que la nouvelle *Municipal Government Act* autorise expressément et implicitement le contingentement des plaques de taxis.

II. Dispositions législatives pertinentes

Règlement n° 91/77 de la Ville de Calgary (*Taxi Business Bylaw*)

[TRADUCTION]

7. (1) La Commission peut limiter le nombre de permis d'exploitation de taxis qui peuvent être délivrés dans une période de permis donnée.

9.1 a) L'interdiction de délivrer de nouveaux permis d'exploitation de taxis de catégorie ordinaire imposée par la commission des taxis le 6 février 1986 et réitérée jusqu'à la date de prise du présent règlement demeure en vigueur; la commission des taxis ne délivre pas de nouveaux permis d'exploitation de taxis de catégorie ordinaire et ne renouvelle au titulaire, conformément au règlement Taxi Business, que celui délivré pour l'année de permis précédente.

b) Malgré l'alinéa a), la commission des taxis peut délivrer des permis en application des dispositions sur la loterie énoncées au paragraphe 9(28)

9.2 a) « membre de la famille immédiate » Conjoint, frère ou sœur ou enfant du titulaire du permis de taxi.

- (b) Notwithstanding section 9(15) a taxi license held by a deceased taxi licensee shall be capable of being transferred to the estate of the deceased licensee, or to an immediate family member of the deceased, if the transfer occurs without remuneration from the estate of the deceased to the transferee.
- b) Malgré le paragraphe 9(15), le permis de taxi du titulaire décédé peut être transféré à sa succession, ou à un membre de sa famille immédiate, si le transfert lui est effectué par la succession à titre gratuit.

- 9.3 (a) The licensee of a taxi license shall not transfer or otherwise dispose of a taxi license unless:
- (1) the licensee does so in accordance with this Bylaw and the regulations; and
 - (2) the licensee pays the license transfer fee as set out in this Bylaw.

Municipal Government Act, R.S.A. 1980, c. M-26

234(1) A council may pass by-laws licensing, regulating and controlling the taxi and limousine business.

- (2) Without restricting the generality of the foregoing a council may pass by-laws to
- (a) establish and specify the rates or fares that may be charged for hire of taxis and limousines;
 - (b) limit the number of taxi and limousine licences that may be issued in the municipality having regard to its population or the area to be served in it or by any other means the council considers to be just and equitable;

(8) A council, by by-law, may establish a commission to be known as the taxi commission

- (a) which shall be composed of the number of resident electors the council selects including, if it seems desirable, any members of council or officials of the municipality who are considered appropriate, and
- (b) which may exercise any power or make any decisions which the council may make pursuant to this section as the by-law provides.

- 9.3 a) Le titulaire du permis de taxi ne peut l'aliéner, notamment par transfert, sauf si les conditions suivantes sont réunies :
- (1) il le fait conformément au présent règlement et à la réglementation;
 - (2) il acquitte les droits de transfert prévus dans le présent règlement.

Municipal Government Act, R.S.A. 1980, ch. M-26

[TRADUCTION]

234(1) Le conseil peut, par règlement, assortir de conditions les permis d'exploitation des services de taxi et de limousine ainsi que régir et contrôler l'exploitation de ces services.

(2) Il peut, par règlement, notamment :

- a) fixer les tarifs ou les prix des courses de taxi ou de limousine;
- b) limiter le nombre de permis de taxi et de limousine qui peuvent être délivrés dans la municipalité compte tenu de sa population ou de la région à desservir, ou selon tout autre critère qu'il estime juste et équitable;

(8) Il peut, par règlement, établir une commission, la commission des taxis, qui :

- a) est formée du nombre d'électeurs résidents de son choix, y compris, si cela semble souhaitable, tout membre du conseil ou fonctionnaire de la municipalité dont la présence est jugée appropriée;
- b) peut exercer tout pouvoir ou prendre toute décision qu'il est habilité à exercer ou prendre en vertu du présent article de la façon prévue au règlement.

*Municipal Government Act, S.A. 1994, c. M-26.1***3** The purposes of a municipality are

- (a) to provide good government;
 - (b) to provide services, facilities or other things that, in the opinion of council, are necessary or desirable for all or a part of the municipality, and
 - (c) to develop and maintain safe and viable communities.
- . . .

7 A council may pass bylaws for municipal purposes respecting the following matters:

- (a) the safety, health and welfare of people and the protection of people and property;
- . . .
- (d) transport and transportation systems;
- (e) businesses, business activities and persons engaged in business; . . .

8 Without restricting section 7, a council may in a bylaw passed under this Division

- (a) regulate or prohibit;
- (b) deal with any development, activity, industry, business or thing in different ways, divide each of them into classes and deal with each class in different ways;
- (c) provide for a system of licences, permits or approvals, including . . .:
 - (iii) prohibiting any development, activity, industry, business or thing until a licence, permit or approval has been granted;
 - (iv) providing that terms and conditions may be imposed on any licence, permit or approval,

. . .

Municipal Government Act, S.A. 1994, ch. M-26.1

[TRADUCTION]

3 La municipalité a pour objets :

- a) d'assurer un bon gouvernement;
 - b) de fournir les services, les installations ou autres choses qui, selon le conseil, sont nécessaires ou utiles à l'ensemble ou à une partie de la collectivité,
 - c) de créer et de maintenir des collectivités sûres et viables.
- . . .

7 Le conseil peut, par règlement, régir au niveau municipal les domaines suivants :

- a) la sécurité, la santé et le bien-être des personnes et la protection des personnes et des biens;
- . . .
- d) le transport et les systèmes de transport;
- e) les entreprises, les activités commerciales et les personnes qui exercent des activités commerciales; . . .

8 Sans que soit limitée la portée générale de l'article 7, il peut, par règlement pris en vertu de la présente section :

- a) réglementer une activité ou l'interdire;
- b) prendre des mesures à l'égard de tout développement ou de toute activité, industrie, entreprise ou chose de différentes façons, les classer par catégorie et prendre des mesures différentes pour chaque catégorie;
- c) établir un régime de licences, de permis ou d'agréments, notamment [. . .];
- . . .
- (iii) interdire tout développement ou toute activité, industrie, entreprise ou chose jusqu'à l'obtention d'une licence, d'un permis ou d'un agrément;
- (iv) prévoir que les licences, permis ou agréments peuvent être assortis de conditions,

- the nature of the terms and conditions and who may impose them;
- (v) setting out the conditions that must be met before a licence, permit or approval is granted or renewed, the nature of the conditions and who may impose them;
 - (vi) providing for the duration of licences, permits and approvals and their suspension or cancellation for failure to comply with a term or condition of the bylaw or for any other reason specified in the bylaw;
- énoncer ces conditions et préciser qui peut les imposer;
- (v) définir les conditions d'octroi ou de renouvellement de licences, permis ou agréments et préciser qui peut les imposer;
 - (vi) prévoir la durée de validité des licences, permis ou agréments et leur suspension ou annulation pour défaut de se conformer à une condition du règlement ou pour tout autre motif prévu par le règlement;

9 The power to pass bylaws under this Division is stated in general terms to

- (a) give broad authority to councils and to respect their right to govern municipalities in whatever way the councils consider appropriate, within the jurisdiction given to them under this or any other enactment, and
- (b) enhance the ability of councils to respond to present and future issues in their municipalities.

9 Le pouvoir de prendre des règlements en vertu de la présente section est formulé en termes généraux dans les buts suivants :

- a) conférer un pouvoir général aux conseils et respecter leur droit de gouverner les municipalités de la façon qu'ils jugent appropriée, dans les limites de la compétence qui leur est conférée par la présente loi ou tout autre texte;
- b) renforcer la capacité des conseils de régler les questions qui se posent et se poseront dans leur municipalité.

715 A bylaw passed by a council under the former *Municipal Government Act* . . . continues with the same effect as if it had been passed under this Act.

715 Tout règlement pris par le conseil en vertu de l'ancienne *Municipal Government Act* . . . continue à s'appliquer comme s'il avait été pris en vertu de la présente loi.

III. Analysis

A. *The Standard of Review*

5

The only question in this case is whether the freeze on the issuance of taxi plate licences was *ultra vires* the City under the *Municipal Government Act*. Municipalities do not possess any greater institutional competence or expertise than the courts in delineating their jurisdiction. Such a question will always be reviewed on a standard of correctness: *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 29. There is no need to engage in the pragmatic and functional approach in a review for *vires*; such an inquiry is

III. Analyse

A. *La norme de contrôle*

En l'espèce, il faut seulement se demander si, en vertu de la *Municipal Government Act*, la Ville a commis un excès de pouvoir en gelant la délivrance des plaques de taxi. Les municipalités ne possèdent pas une expertise ou compétence institutionnelle plus grande que les tribunaux pour délimiter leur compétence. L'examen d'une telle question devra toujours se faire selon la norme de la décision correcte : *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, par. 29. Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse

only required where a municipality's adjudicative or policy-making function is being exercised.

B. *The Proper Approach to the Interpretation of Municipal Powers*

The evolution of the modern municipality has produced a shift in the proper approach to the interpretation of statutes empowering municipalities. This notable shift in the nature of municipalities was acknowledged by McLachlin J. (as she then was) in *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at pp. 244-45. The "benevolent" and "strict" construction dichotomy has been set aside, and a broad and purposive approach to the interpretation of municipal powers has been embraced: *Nanaimo, supra*, at para. 18. This interpretive approach has evolved concomitantly with the modern method of drafting municipal legislation. Several provinces have moved away from the practice of granting municipalities specific powers in particular subject areas, choosing instead to confer them broad authority over generally defined matters: *The Municipal Act*, S.M. 1996, c. 58, C.C.S.M. c. M225; *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, c. 18; *Municipal Act*, R.S.Y. 2002, c. 154; *Municipal Act*, 2001, S.O. 2001, c. 25; *The Cities Act*, S.S. 2002, c. C-11.1. This shift in legislative drafting reflects the true nature of modern municipalities which require greater flexibility in fulfilling their statutory purposes: *Shell Canada*, at pp. 238 and 245.

Alberta's *Municipal Government Act* follows the modern method of drafting municipal legislation. The legislature's intention to enhance the powers of its municipalities by drafting the bylaw passing provisions of the Act in broad and general terms is expressly stated in s. 9. Accordingly, to determine whether a municipality is authorized to exercise a certain power, such as limiting the issuance of taxi plate licences, the provisions of the Act must be construed in a broad and purposive manner.

pragmatique et fonctionnelle pour déterminer s'il y a eu excès de pouvoir; une telle démarche ne s'impose que dans le cas où une municipalité exerce une fonction juridictionnelle ou une fonction de prise de décisions de principe.

B. *L'interprétation correcte des pouvoirs municipaux*

L'évolution de la municipalité moderne a entraîné un virage dans la démarche à adopter pour interpréter les lois habilitant les municipalités. Dans *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 244-245, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef) reconnaît ce virage notable dans la nature des municipalités. La dichotomie entre interprétation « bienveillante » et interprétation « stricte » fait place à une interprétation téléologique large des pouvoirs municipaux : *Nanaimo*, précité, par. 18. Cette méthode d'interprétation s'est développée en même temps que la méthode moderne de rédaction des lois sur les municipalités. Plusieurs provinces, au lieu de conférer aux municipalités des pouvoirs précis dans des domaines particuliers, préfèrent leur accorder un pouvoir général dans des domaines définis en termes généraux : *Loi sur les municipalités*, L.M. 1996, ch. 58, C.P.L.M. ch. M225; *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, ch. 18; *Loi sur les municipalités*, L.R.Y. 2002, ch. 154; *Loi de 2001 sur les municipalités*, L.O. 2001, ch. 25; *Cities Act*, S.S. 2002, ch. C-11.1. Ce virage en matière de rédaction législative reflète la véritable nature des municipalités modernes, qui ont besoin de plus de souplesse pour réaliser les objets de leur loi habilitante : *Shell Canada*, p. 238 et 245.

La *Municipal Government Act* de l'Alberta suit la méthode moderne de rédaction des lois sur les municipalités. L'intention du législateur d'accroître les pouvoirs des municipalités en formulant en termes larges et généraux les dispositions de la loi relatives à la prise de règlements est expressément énoncée à l'art. 9. De ce fait, pour déterminer si une municipalité est habilitée à exercer un pouvoir donné, comme celui de limiter le nombre de plaques de taxi, il faut donner une interprétation téléologique large aux dispositions de la loi.

8

A broad and purposive approach to the interpretation of municipal legislation is also consistent with this Court's approach to statutory interpretation generally. The contextual approach requires "the words of an Act . . . to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26. This approach is also consistent with s. 10 of Alberta's *Interpretation Act*, R.S.A. 2000, c. I-8, which provides that every provincial enactment must be given a fair, large and liberal construction and interpretation that best ensures the attainment of its objects.

C. The City's Power to Limit the Number of Licences

9

The respondents argue that the City does not have the power to limit the number of taxi plate licences under the Act. They submit that the authority to regulate has never implied numerical limits and that ss. 7 and 8 of the current *Municipal Government Act*, unlike s. 234 of the previous *Municipal Government Act*, neither expressly nor impliedly grant a municipality the power to limit the number of taxi plate licences. The respondents argue that while the Act expands the "matters" over which municipalities may enact bylaws under s. 7, the Act limits the "powers" exercisable by municipalities to those expressly specified. As the power to limit the number of taxi plate licences is not expressly specified in s. 8, the respondents allege it has been abolished.

10

In my respectful opinion, the respondents' argument must fail.

11

It is well established that the legislature is presumed not to alter the law by implication: *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 395. Rather, where it intends to depart from prevailing law, the legislature will do so expressly. Here, there is no indication in the Act that the legislature intended to remove the municipality's

Une interprétation téléologique large des lois sur les municipalités est également compatible avec l'approche générale adoptée par la Cour en matière d'interprétation législative. Selon l'analyse contextuelle, il faut interpréter [TRADUCTION] « les termes d'une loi dans leur contexte global selon le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26. Cette approche concorde également avec l'art. 10 de l'*Interpretation Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. I-8, qui prévoit que tout texte de la province s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

C. Le pouvoir de la Ville de limiter le nombre de permis

Les intimés soutiennent que la Ville n'a pas le pouvoir de limiter le nombre de plaques de taxi en vertu de la loi. Ils font valoir que le pouvoir de réglementer n'a jamais impliqué le pouvoir d'imposer des limites quantitatives et que les art. 7 et 8 de la *Municipal Government Act* actuelle, contrairement à l'art. 234 de l'ancienne *Municipal Government Act*, n'accordent ni expressément ni implicitement aux municipalités le droit de limiter le nombre de plaques de taxi. Selon eux, alors qu'elle élargit les « domaines » dans lesquels les municipalités peuvent prendre des règlements en vertu de l'art. 7, la loi limite les « pouvoirs » pouvant être exercés par les municipalités à ceux qu'elle prévoit expressément. Comme le pouvoir de limiter le nombre de plaques de taxi n'est pas expressément prévu par l'art. 8, les intimés affirment qu'il a été supprimé.

À mon avis, l'argument des intimés doit être rejeté.

Il est bien établi que le législateur est présumé ne pas modifier implicitement le droit : *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 395. Lorsqu'il a l'intention de s'écartier du droit existant, le législateur le fait expressément. En l'espèce, rien dans la loi n'indique que le législateur avait l'intention de supprimer le pouvoir des

power to limit the number of taxi plate licences. To the contrary, s. 9(b) indicates that the legislature did not intend to curtail the powers exercised by municipalities but rather sought to enhance those powers under the new Act subject to the limitations in ss. 70 to 75, which do not preclude limiting the number of taxi licences. It is inconceivable, in my view, that the legislature would have intended to indirectly limit the ability of municipalities to regulate the taxi industry according to a practice dating 15 years and to adopt the restrictive approach defined in *Merritt v. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205, at pp. 207-8, simply by changing its method of drafting legislation. The new method was in fact specifically designed to avoid the need for listing specific matters and powers. Accordingly, a provision explicitly limiting the number of licences such as s. 13(1)(a) of the *Wildlife Act*, R.S.A. 2000, c. W-10, and s. 37(1)(d) of the *Gaming and Liquor Act*, R.S.A. 2000, c. G-1, is unnecessary.

The respondents' narrow interpretation cannot be reconciled with the language of the Act. According to the respondents, the broad authority conferred on municipalities only applies to s. 7 which deals exclusively with matters and not to s. 8 which deals exclusively with powers. I disagree. First, s. 9 clearly states that the power to pass bylaws is stated in general terms to "give broad authority" in respect of matters attributed to them. Second, to accept this matter/power distinction renders the opening words of s. 8, "[w]ithout restricting section 7", useless. Rather, ss. 7 and 8 must be read together, as one is without restriction to the other. Section 8 is supplementary to s. 7 and speaks of the "broad authority" mentioned in s. 9. On this reading of ss. 7, 8 and 9 the respondents' interpretation must be rejected because their narrow and literal approach to s. 8 effectively restricts s. 7, which grants the power to regulate businesses.

municipalités de limiter le nombre de plaques de taxi. Au contraire, l'al. 9b) indique que le législateur n'avait pas l'intention de diminuer les pouvoirs des municipalités, mais cherchait plutôt à les accroître en vertu de la nouvelle loi, sous réserve des art. 70 à 75, qui n'empêchent pas la limitation du nombre de permis de taxi. Il est inconcevable, selon moi, que le législateur ait eu l'intention de limiter indirectement la capacité des municipalités de réglementer le secteur des taxis selon une méthode vieille de 15 ans et d'adopter l'approche restrictive énoncée dans *Merritt c. City of Toronto* (1895), 22 O.A.R. 205, p. 207-208, simplement en modifiant sa méthode de rédaction législative. En fait, la nouvelle méthode visait spécialement à éviter d'avoir à énumérer des domaines de compétence et des pouvoirs précis. Il est donc inutile d'avoir une disposition qui limite expressément le nombre de permis, comme l'al. 13(1)a) de la *Wildlife Act*, R.S.A. 2000, ch. W-10, et l'al. 37(1)d) de la *Gaming and Liquor Act*, R.S.A. 2000, ch. G-1.

L'interprétation restrictive proposée par les intimés ne peut se concilier avec le libellé de la loi. Selon les intimés, le pouvoir général conféré aux municipalités ne s'applique qu'à l'art. 7, qui porte exclusivement sur les domaines de compétence, et non à l'art. 8, qui porte exclusivement sur les pouvoirs. Je ne suis pas de cet avis. Premièrement, l'art. 9 dit clairement que le pouvoir de prendre des règlements est formulé en termes généraux afin de [TRADUCTION] « conférer un pouvoir général » aux municipalités dans les domaines qui leur sont attribués. Deuxièmement, admettre cette distinction entre domaines de compétence et pouvoirs enlève toute utilité à l'expression [TRADUCTION] « [s]ans que soit limitée la portée générale de l'article 7 » dans le passage introductif de l'art. 8. Les articles 7 et 8 doivent plutôt être lus ensemble, l'un ne devant pas limiter la portée de l'autre. L'article 8, qui complète l'art. 7, traite du « pouvoir général » mentionnée à l'art. 9. Selon cette interprétation des art. 7, 8 et 9, la position des intimés doit être rejetée parce que leur interprétation restrictive et littérale de l'art. 8 limite effectivement la portée de l'art. 7, qui confère le pouvoir de réglementer les activités commerciales.

- 13 Applying a broad and purposive interpretation, ss. 7 and 8 grant the City the power to pass bylaws limiting the number of taxi plate licences. As discussed, s. 8 supplements s. 7 by illustrating some of the broad powers exercisable by a municipality. Here the power to limit the number of licences could fall under either s. 8(a), the power to regulate, or s. 8(c), the power to provide for a system of licences. To “regulate”, as defined in the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. XIII, is “subject to . . . restrictions”. Thus, as O’Leary J.A. in dissent aptly stated, the “jurisdiction to regulate the taxi business necessarily implies the authority to limit the number of TPLs [taxi plate licences] issued”: para. 202. This accords with the legislative history.
- 14 The power to limit the issuance of licences also falls under the power to provide for a system of licences under s. 8(c). Sections 8(c)(i) through (vi) represent some of the types of bylaws that provide for a system of licences. The use of the word “including” indicates that the list is non-exhaustive; therefore, any type of bylaw that is consistent with the list is authorized. There is clearly no room for the application of the *expressio unius est exclusio alterius* principle advocated by the respondents. Common to each of the provisions is the power to impose limitations on licences such as setting out the conditions that must be satisfied before a licence is granted or renewed. The bylaw limiting the number of taxi plate licences is consistent with the examples provided as it also imposes a specific limit on a licensed activity.
- 15 The respondents have also argued that the bylaw is inconsistent with the right to enjoyment of property protected by the *Alberta Bill of Rights*, R.S.A. 2000, c. A-14, s. 1, and with s. 3 of the *Municipal Government Act* which provides that the purposes of municipalities are good governance and the development and maintenance of safe and viable communities. Both arguments relate to the effects of the bylaw which the respondents allege have transformed taxi licences into an expensive commodity benefiting a small group of brokers.
- L’application d’une interprétation téléologique large permet de conclure que les art. 7 et 8 habilitent la Ville à prendre des règlements limitant le nombre de plaques de taxi. Comme nous l’avons vu, l’art. 8 complète l’art. 7 en donnant quelques exemples du pouvoir général dont est dotée une municipalité. En l’espèce, le pouvoir de limiter le nombre de permis pourrait découler soit du pouvoir de réglementer, prévu à l’al. 8a), soit du pouvoir d’établir un régime de permis, prévu à l’al. 8c). Le terme « réglementer », selon *Le Nouveau Petit Robert* (2003), p. 2218, signifie « [a]ssujettir à un règlement ». Et comme le dit si bien le juge O’Leary dans sa dissidence, le [TRADUCTION] « pouvoir de réglementer le secteur des taxis comporte nécessairement le pouvoir de limiter le nombre de plaques de taxi délivrées » : par. 202. Cela concorde avec l’historique législatif.
- Le pouvoir de limiter le nombre de permis découle également du pouvoir d’établir un régime de permis en vertu de l’al. 8c). Les sous-alinéas 8c)(i) à (vi) représentent quelques types de règlements établissant un régime de permis. L’emploi du terme « notamment » indique que la liste n’est pas exhaustive; par conséquent, tout type de règlement compatible avec la liste est autorisé. Il n’est clairement pas possible d’appliquer le principe défendu par les intimés selon lequel la mention de l’un implique l’exclusion de l’autre. Le pouvoir d’assortir de restrictions la délivrance de permis en prévoyant, par exemple, les conditions d’octroi ou de renouvellement, est commun à chacune des dispositions. Le règlement limitant le nombre de plaques de taxi est compatible avec les exemples fournis en ce qu’il impose aussi une limite précise à une activité autorisée.
- Les intimés ont également fait valoir que le règlement porte atteinte à leur droit à la jouissance de leurs biens garanti par l’art. 1 de l’*Alberta Bill of Rights*, R.S.A. 2000, ch. A-14, et qu’il allait à l’encontre de l’art. 3 de la *Municipal Government Act*, qui précise que les municipalités ont pour objets d’assurer un bon gouvernement et de créer et de maintenir des collectivités sûres et viables. Ces deux arguments ont trait aux effets du règlement, lequel aurait, selon les intimés, transformé le permis de taxi en un produit coûteux qui profite à un petit groupe de courtiers.

As noted earlier in these reasons, there is no challenge before this Court to the legislation based on the *Charter* and no record to support the allegation now being made that the *Alberta Bill of Rights* has been breached. This Court in *Bell ExpressVu, supra*, at para. 62, held that absent any challenge on constitutional grounds, courts are bound to interpret and apply statutes in accordance with the sovereign intent of the legislature. In this case, I find no ambiguity in the legislation that would bring me to consider whether the Act is reflective of *Charter* values and no reason to question the authority of the Council for the City of Calgary to decide the best interests of its citizens in the regulation of the taxi industry. Here, as in *Bell ExpressVu*, some citizens are affected by the restrictions imposed, but this has no bearing on the jurisdiction of the municipal government to regulate.

Accordingly, the City of Calgary was authorized under the Act to enact Bylaw 91/77.

IV. Conclusion

The appeal is allowed with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: City of Calgary Law Department, Calgary.

Solicitors for the respondents United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta, Rashpal Singh Gosal and Haringer Singh Dhesi: Dale Gibson & Associates, Edmonton.

Solicitors for the respondent Air Linker Cab Ltd.: Zinner & Sara, Calgary.

Solicitor for the intervenor: Attorney General of Alberta, Edmonton.

16
Comme je l'ai mentionné au début de mes motifs, la loi ne fait l'objet d'aucune contestation, devant la Cour, fondée sur la *Charte*, et aucun document n'a été soumis à l'appui de l'allégation de violation de l'*Alberta Bill of Rights* qui est maintenant soulevée. Dans *Bell ExpressVu*, précité, par. 62, la Cour a statué qu'en l'absence de contestation fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel, les tribunaux ne peuvent qu'interpréter et appliquer les textes législatifs selon l'intention souveraine du législateur. En l'espèce, je ne vois aucune ambiguïté dans la loi qui m'oblige à me demander si elle respecte les valeurs véhiculées par la *Charte*, et aucune raison de mettre en doute la compétence du conseil de la Ville de Calgary pour décider du meilleur intérêt de ses citoyens en matière de réglementation du secteur des taxis. En l'espèce, comme dans *Bell ExpressVu*, certains citoyens sont touchés par les limites imposées, mais cela n'a aucune incidence sur la compétence du gouvernement municipal en matière de réglementation.

17
En conséquence, la Ville de Calgary était habilitée par la loi à édicter le règlement 91/77.

IV. Conclusion

18
Le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante : Contentieux de la Ville of Calgary, Calgary.

Procureurs des intimés United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta, Rashpal Singh Gosal et Haringer Singh Dhesi : Dale Gibson & Associates, Edmonton.

Procureurs de l'intimée Air Linker Cab Ltd. : Zinner & Sara, Calgary.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Pertti Tulikorpi Appellant

v.

**Attorney General of Ontario,
Administrator of the Penetanguishene
Mental Health Centre and Administrator
of the Whitby Mental Health
Centre Respondents**

and

**Attorney General of Canada, Ontario
Review Board and Nunavut Review
Board, Mental Health Legal Committee
and Mental Health Legal Advocacy
Coalition Intervenors**

**INDEXED AS: PENETANGUISHENE MENTAL HEALTH
CENTRE v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)**

Neutral citation: 2004 SCC 20.

File No.: 29095.

2003: November 5; 2003: November 7.

Reasons delivered: March 26, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by review board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that disposition made by review board must be “the least onerous and least restrictive to the accused” — Whether “least onerous and least restrictive” requirement applies to particular conditions forming part of disposition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

The appellant was found not criminally responsible (“NCR”) for an assault with a weapon in 1991 by reason of mental disorder. He was committed to a medium security facility, but in 1993 the Ontario Review Board ordered his transfer to a maximum security facility.

Pertti Tulikorpi Appellant

c.

**Procureur général de l'Ontario,
Directeur général du Centre de santé
mentale de Penetanguishene et Directeur
général du Centre de santé mentale
de Whitby Intimés**

et

**Procureur général du Canada,
Commission ontarienne d'examen et
Commission d'examen du Nunavut,
Mental Health Legal Committee et
Mental Health Legal Advocacy
Coalition Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : CENTRE DE SANTÉ MENTALE DE
PENETANGUISHENE c. ONTARIO (PROCUREUR
GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2004 CSC 20.

Nº du greffe : 29095.

2003 : 5 novembre; 2003 : 7 novembre.

Motifs déposés : 26 mars 2004.

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

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

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions des commissions d'examen — Modalités des décisions — Disposition du Code criminel précisant que la décision rendue par la commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l'accusé — Ce critère s'applique-t-il aux modalités particulières faisant partie de la décision? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

En 1991, l'appelant a été déclaré non responsable criminelle pour cause de troubles mentaux relativement à une accusation d'agression armée. Il a été placé en détention dans un établissement à sécurité moyenne, mais, en janvier 1993, la Commission ontarienne

Under s. 672.54 of the *Criminal Code*, the disposition made by the Review Board must be “the least onerous and least restrictive to the accused”. In July 2000 the Review Board found that the least restrictive, least onerous disposition consistent with managing the appellant to protect the public, taking into account the relevant factors, was his transfer to a medium secure hospital, allowing him hospital and grounds privileges while accompanied by staff. The Court of Appeal held that the requirement of “the least onerous and least restrictive” disposition applied only to choosing among the three potential outcomes, namely an absolute discharge, discharge subject to conditions, or detention in a hospital subject to conditions. It referred the matter back to the Review Board for a rehearing.

Held: The appeal should be allowed.

This appeal and its companion, *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21, released concurrently, represent the latest round in the attempt to reconcile the twin goals of public safety and the fair treatment of individuals who commit offences while suffering from a mental disorder.

The *Criminal Code* entitles an NCR accused to conditions that, viewed in their entirety, are the least onerous and least restrictive of his liberty consistent with public safety, his mental condition and “other needs” and his eventual reintegration into society. It is not enough to apply the “least onerous and least restrictive” requirement only to the bare choice among the three potential dispositions — absolute discharge, conditional discharge or continued detention. This requirement applies also to the particular conditions forming part of that disposition. This interpretation is dictated by a reading of s. 672.54 in the context of Part XX.1 of the *Criminal Code* as a whole, and by this Court’s earlier decisions in *Winko* and *Owen*.

In terms of the liberty interest, the “disposition” and its “conditions” cannot, as a practical matter, be isolated from one another. The type of hospital in which the NCR accused is to be detained is an integral part of the disposition under s. 672.54(c). Parliament intended the Review Board to consider at every step of s. 672.54 “the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the

d’examen a ordonné son transfert dans un établissement à sécurité maximale. Aux termes de l’art. 672.54 du *Code criminel*, la décision rendue par la Commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l’accusé. En juillet 2000, la Commission a conclu que la décision la moins sévère et la moins privative de liberté permettant de concilier la prise en charge de l’appelant et la protection du public, compte tenu des facteurs pertinents, consistait à le transférer à l’établissement à sécurité moyenne, tout en lui accordant des priviléges de déplacement dans l’hôpital et sur ses terrains, accompagné par du personnel hospitalier. La Cour d’appel a jugé que l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne visait que le choix entre les trois décisions susceptibles d’être prononcées — soit la libération inconditionnelle, la libération assortie de conditions ou la détention dans un hôpital sous réserve de certaines modalités — et elle a renvoyé l’affaire à la Commission pour qu’elle tienne une nouvelle audience.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *Pinet c. St-Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528, 2004 CSC 21, rendu simultanément, représentent la plus récente tentative en vue de concilier le double objectif consistant d’une part à protéger la sécurité du public et d’autre part à traiter équitablement les personnes atteintes de troubles mentaux qui commettent des infractions.

Le *Code criminel* reconnaît aux accusés déclarés non responsables criminellement le droit à des modalités qui, considérées globalement, soient les moins sévères et les moins privatives de liberté eu égard à la sécurité du public, à l’état mental de l’intéressé et aux « besoins » de celui-ci, notamment son éventuelle réinsertion sociale. Il ne suffit pas d’appliquer le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » au choix entre les trois décisions susceptibles d’être prononcées, c’est-à-dire libération inconditionnelle, libération assortie de conditions ou maintien en détention. Ce critère s’applique également aux modalités particulières faisant partie intégrante de cette décision. Cette conclusion est dictée par une interprétation de l’art. 672.54 qui tient compte du contexte global de la partie XX.1 du *Code criminel* et des arrêts *Winko* et *Owen* de notre Cour.

En ce qui concerne le droit à la liberté, il n’est pas possible, en pratique, de dissocier une « décision » de ses « modalités ». Le type d’hôpital où l’accusé non responsable criminellement doit être détenu fait partie intégrante de la décision rendue en vertu de l’al. 672.54c). Le législateur entend que, à chaque étape de l’application de l’art. 672.54, la commission d’examen tienne compte « de la nécessité de protéger le public

accused into society and the other needs of the accused”, and there is no textual or contextual reason to isolate the governing requirement of s. 672.54 (“the least onerous and least restrictive”) from the other factors mentioned in the list and hold that it alone does not apply to the formulation of conditions that constitute part of the disposition order.

The word “appropriate” in s. 672.54(b) and (c) cannot be read as conferring a discretion unfettered except by the management expertise and medical judgment of the Review Board to impose such conditions as it thinks fit. Parliament intended “appropriate” to be understood and applied in the framework of making the “least onerous and least restrictive” order consistent with public safety, the mental condition and other needs of the NCR accused, and the objective of his or her eventual reintegration into society.

The Crown’s fears about “hamstringing” Review Boards by the application of a “least onerous and least restrictive” requirement to the conditions of a disposition order are not endorsed by the experts in the field. The overall requirement of “least onerous and least restrictive” is applied in practice by Review Boards to the whole “package” of conditions rather than each individual item. It is hard to see how micromanagement of the conditions attached to a disposition will result from this interpretation, given that the Review Board’s exercise of its mandate is protected by a “reasonableness” standard of review.

In light of the resolution of the issue of statutory interpretation, the basis of the appellant’s constitutional challenge disappears. For the reasons given in *Winko*, s. 672.54 does not infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

On the facts of this case, applying the “reasonableness” standard of review, the Review Board decision should stand. On the evidence, it was reasonable for the Review Board, applying as it did the correct legal test, to order the appellant transferred to the medium security hospital with hospital and grounds privileges, staff accompanied. This disposition not only offered him the potential of substantially greater liberty, but represented an essential step in the appellant’s

face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale », et aucune raison d’ordre textuel ou contextuel ne justifie de dissocier le critère dominant de l’art. 672.54 (« la décision la moins sévère et la moins privative de liberté ») des autres facteurs énumérés dans la liste qui précède et de conclure que cette exigence est la seule qui ne s’applique pas à l’élaboration des modalités qui font partie de la décision.

Le terme « indiquées » (« *appropriate* » dans le texte anglais) aux al. 672.54b et c) n’a pas pour effet de conférer à la commission d’examen un pouvoir discrétionnaire absolu — si ce n’est des limites de l’expertise de la commission en matière de prise en charge et de son jugement sur le plan médical — l’habilitant à imposer les modalités qu’elle estime opportunes. Le législateur entendait que le terme « indiquées » soit considéré et appliqué dans le cadre du processus qui consiste à rendre la décision qui soit « la moins sévère et la moins privative de liberté », tout en étant compatible avec la sécurité du public, l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et ses besoins, notamment son éventuelle réinsertion sociale.

Les experts du domaine ne partagent pas la crainte du ministère public que les travaux des commissions d’examen pourraient être « gênés » par l’application du critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » aux modalités des décisions qu’elles rendent. Les commissions d’examen appliquent l’obligation générale de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à « l’ensemble » des modalités plutôt qu’à chacune d’elles. Il est difficile d’imaginer comment l’interprétation proposée entraînerait la microgestion des modalités assortissant une décision, compte tenu du fait que la norme de contrôle applicable aux décisions des commissions d’examen est celle de la « décision raisonnable ».

Vu la réponse donnée à la question touchant l’interprétation de la loi, la contestation par l’appelant de la constitutionnalité de l’art. 672.54 n’a plus d’assises. Pour les motifs exposés par notre Cour dans l’arrêt *Winko*, l’art. 672.54 ne contrevient pas à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À la lumière des faits de l’espèce, il ressort de l’application de la norme de la « décision raisonnable » que la décision de la Commission d’examen doit être confirmée. Compte tenu de la preuve et du fait que la Commission d’examen a appliqué le bon critère juridique, constitue une décision raisonnable l’ordonnance de la Commission enjoignant le transfert de l’appelant dans un établissement à sécurité moyenne et accordant à celui-ci le privilège de circuler dans l’hôpital et sur ses terrains, accompagné

treatment and his potential eventual reintegration into the community.

Cases Cited

Applied: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33; **not followed:** *R. v. Pinet* (1995), 23 O.R. (3d) 97; **referred to:** *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, leave to appeal denied, [1999] 1 S.C.R. vi (*sub nom. Clement v. Attorney General for Ontario*); *R. v. Brunczlik* (2002), 61 O.R. (3d) 321; *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *Lajoie v. Québec (Commission québécoise d'examen)*, [1994] R.J.Q. 607; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.1 [ad. 1991, c. 43, s. 4], 672.54 [*idem*], 672.56 [*idem*], 672.78(1)(a) [*idem*].

Authors Cited

Ontario. Ministry of Health. *Manual of Operating Guidelines for Provincial Psychiatric Hospitals*, No. 10a-35-01, s. 4, June 16, 1995.
 Ontario. Ministry of Health and Long-Term Care. *Assessment, Treatment and Community Reintegration of the Mentally Disordered Offender*. Final Report of the Forensic Mental Health Services Expert Advisory Panel. Toronto: Ministry of Health and Long-Term Care, December 2002.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 146 O.A.C. 321, 158 C.C.C. (3d) 325, 43 C.R. (5th) 189, [2001] O.J. No. 2016 (QL), allowing an appeal from a decision of the Ontario Review Board and ordering a new hearing. Appeal allowed.

Marlys A. Edwardh, Delmar Doucette and Jill Copeland, for the appellant.

de membres du personnel hospitalier. Non seulement cette décision offrait-elle à l'appelant la possibilité de jouir d'une liberté beaucoup plus grande, mais elle représentait également une étape essentielle de son traitement et de son éventuelle réinsertion dans la collectivité.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33; **arrêt non suivi :** *R. c. Pinet* (1995), 23 O.R. (3d) 97; **arrêts mentionnés :** *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528, 2004 CSC 21; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. vi (*sub nom. Clement c. Attorney General for Ontario*); *R. c. Brunczlik* (2002), 61 O.R. (3d) 321; *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *Lajoie c. Québec (Commission québécoise d'examen)*, [1994] R.J.Q. 607; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.1 [aj. 1991, ch. 43, art. 4], 672.54 [*idem*], 672.56 [*idem*], 672.78(1)a) [*idem*].
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).

Doctrine citée

Ontario. Ministère de la Santé. *Manuel des directives de fonctionnement des hôpitaux psychiatriques provinciaux*, n° 10a-35-01, art. 4, 16 juin 1995.

Ontario. Ministry of Health and Long-Term Care. *Assessment, Treatment and Community Reintegration of the Mentally Disordered Offender*. Final Report of the Forensic Mental Health Services Expert Advisory Panel. Toronto : Ministry of Health and Long-Term Care, December 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 146 O.A.C. 321, 158 C.C.C. (3d) 325, 43 C.R. (5th) 189, [2001] O.J. No. 2016 (QL), qui a accueilli l'appel d'une décision de la Commission ontarienne d'examen et ordonné la tenue d'une nouvelle audience. Pourvoi accueilli.

Marlys A. Edwardh, Delmar Doucette et Jill Copeland, pour l'appelant.

Alexander V. Hrybinsky and Christine Bartlett-Hughes, for the respondent the Attorney General of Ontario.

Leslie McIntosh, Sonal Gandhi and Diana Schell, for the respondents the Administrator of the Penetanguishene Mental Health Centre and the Administrator of the Whitby Mental Health Centre.

James W. Leising and Michael H. Morris, for the intervener the Attorney General of Canada.

Maureen D. Forestell and Sharan K. Basran, for the interveners the Ontario Review Board and the Nunavut Review Board.

Daniel J. Brodsky, Anita Szigeti and Michael Davies, for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition.

The judgment of the Court was delivered by

- 1 BINNIE J. — The appellant, a person found not criminally responsible for an assault with a weapon by reason of mental disorder in 1991, appeals to this Court the conditions of his continued detention in a mental hospital.
- 2 The legal question for the Court is whether the “least onerous and least restrictive” requirement of s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, applies only to the bare choice among the three potential dispositions of his case — absolute discharge, conditional discharge or continued detention — as held by the Ontario Court of Appeal, or whether this requirement applies also to the particular conditions forming part of that disposition, as the appellant contends. In fact, the appellant argues that unless the “least onerous and least restrictive” requirement applies to the conditions themselves, then s. 672.54 violates his right to liberty under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the statutory scheme, to that extent, is null and void.

Alexander V. Hrybinsky et Christine Bartlett-Hughes, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Leslie McIntosh, Sonal Gandhi et Diana Schell, pour les intimés le Directeur général du Centre de santé mentale de Penetanguishene et le Directeur général du Centre de santé mentale de Whitby.

James W. Leising et Michael H. Morris, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Maureen D. Forestell et Sharan K. Basran, pour les intervenantes la Commission ontarienne d'examen et la Commission d'examen du Nunavut.

Daniel J. Brodsky, Anita Szigeti et Michael Davies, pour les intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'appelant, qui en 1991 a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux relativement à une accusation d'agression armée, se pourvoit devant notre Cour contre les modalités dont était assorti son maintien en détention dans un hôpital psychiatrique.

La question de droit que doit trancher notre Cour consiste à décider si l'obligation prévue par l'art. 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à savoir rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté », s'applique seulement au choix entre les trois décisions susceptibles d'être prononcées à l'égard de l'appelant — en l'occurrence libération inconditionnelle, libération assortie de conditions ou maintien en détention —, conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel de l'Ontario, ou si, comme le prétend l'appelant, cette obligation s'applique également aux modalités particulières faisant partie intégrante de la décision. En fait, celui-ci soutient que, si l'obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne s'applique pas aux modalités mêmes de la décision, l'art. 672.54 porte alors atteinte au droit à la liberté que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, dans cette mesure, le régime établi par la loi est invalide.

Following the hearing of this appeal, the Court concluded that the *Criminal Code* entitles the appellant to conditions that, viewed in their entirety, are the least onerous and least restrictive of his liberty consistent with public safety, his mental condition and "other needs" and his eventual reintegration into society. This interpretation is dictated by a reading of s. 672.54 in the context of Part XX.1 of the *Criminal Code* as a whole, and by this Court's earlier decisions in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, and *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33. The appeal was therefore allowed with reasons to follow. These are the reasons for that decision.

I. Facts

The appellant has displayed symptoms of chronic schizophrenia since at least 1986 and has been hospitalized on numerous occasions as a result of his illness. His mental disorder has been linked to a lengthy criminal record which includes convictions for theft, mischief, failing to appear and breach of probation. In 1987, he was convicted of sexual assault.

On March 11, 1991, at a rooming house for persons with mental disorders, he stabbed a male staff-worker under the delusional belief that this worker had both beaten and raped him and was about to strangle his mother. He feared he was about to be strangled. The appellant was charged with assault with a weapon. He was found not criminally responsible ("NCR") on account of mental disorder.

On August 13, 1991, he was committed to the Kingston Psychiatric Hospital, a *medium* security facility. On January 19, 1993, the Ontario Review Board ordered his transfer to a *maximum* security facility (the Oak Ridge Division of the Penetanguishene Mental Health Centre). The appellant submits that his earlier transfer occurred so that he could take part in recreational activities at Oak Ridge and improve the quality of his life. The Crown submits he was transferred because he posed "a serious management problem" at the medium security

Au terme de l'audition du présent pourvoi, notre Cour a jugé que le *Code criminel* reconnaît à l'appellant le droit à des modalités qui, considérées globalement, soient les moins sévères et les moins privatives de liberté eu égard à la sécurité du public, à l'état mental de l'appellant et aux « besoins » de celui-ci, notamment son éventuelle réinsertion sociale. Cette conclusion est dictée par une interprétation de l'art. 672.54 qui tient compte du contexte global de la partie XX.1 du *Code criminel* et des arrêts de notre Cour *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, et *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33. Le pourvoi a en conséquence été accueilli avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

I. Les faits

L'appellant, qui présente des symptômes de schizophrénie chronique depuis au moins 1986, a été hospitalisé à maintes reprises en raison de sa maladie. On a établi un lien entre ses troubles mentaux et ses nombreux antécédents judiciaires, notamment des déclarations de culpabilités pour vol, méfait, omission de comparaître et défaut de se conformer à une ordonnance de probation. En 1987, il a été déclaré coupable d'agression sexuelle.

Le 11 mars 1991, pendant qu'il résidait dans une maison de chambres pour personnes souffrant de troubles mentaux, il a poignardé un membre du personnel parce qu'il croyait, dans son délire, que l'employé l'avait battu et violé et qu'il s'apprêtait à étrangler sa mère. Il croyait être sur le point de se faire étrangler. Accusé d'agression armée, il a été reconnu non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux.

Le 13 août 1991, il a été placé en détention au Kingston Psychiatric Hospital, établissement à sécurité moyenne. Le 19 janvier 1993, la Commission ontarienne d'examen a ordonné son transfert dans un établissement à sécurité maximale (l'établissement Oak Ridge du Centre de santé mentale de Penetanguishene). L'appellant soutient qu'on l'a au départ transféré en vue de lui permettre de participer à des activités de loisirs à Oak Ridge et ainsi d'améliorer sa qualité de vie. Selon le ministère public, il a été transféré parce qu'il représentait [TRADUCTION]

hospital where he refused treatment and behaved inappropriately. For the purpose of this appeal, we need not decide why he was transferred in 1993.

« un grave problème de prise en charge » à l'hôpital à sécurité moyenne, car il refusait les traitements et se comportait de manière inappropriée. Pour les besoins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire que nous nous prononcions sur les raisons de son transfert en 1993.

7 At Oak Ridge, the appellant was diagnosed as suffering from substance abuse and chronic paranoid schizophrenia, a personality disorder with anti-social traits. He was last "physically assaultive" in 1996. In January 1998, he experienced a "significant episode of behavioural dysfunction". The appellant also engaged in "sexually inappropriate behaviour". The most recent such episode was in 1998.

À Oak Ridge, on a conclu que l'appelant souffrait de toxicomanie et de schizophrénie paranoïde chronique, troubles de la personnalité comportant des caractéristiques antisociales. Son dernier [TRADUCTION] « acte d'agression physique » remonte à 1996. En janvier 1998, il a présenté un [TRADUCTION] « épisode majeur de dysfonctions comportementales ». Il a également eu [TRADUCTION] « des comportements sexuels inappropriés », dont l'épisode le plus récent est survenu en 1998.

8 According to nursing notes dated May 24, 2000, the appellant said that voices from a television set had told him to stop taking his medication, and that his brother had been calling and wanted him out of Oak Ridge. The appellant requires drugs to control his mental disorder. He objects to taking the medication, however, and it is administered by substitute consent provided by his father. In the 12 months prior to the most recent Board Disposition, the appellant had developed a problem with "water intoxication". The hospital Administrator recommended his continued detention at Oak Ridge maximum security institution.

Selon des notes consignées par le personnel infirmier et datées du 24 mai 2000, l'appelant a dit, d'une part, que des voix provenant d'un téléviseur lui avaient dit d'arrêter de prendre ses médicaments, et, d'autre part, que son frère lui avait téléphoné et voulait qu'il quitte Oak Ridge. L'appelant a besoin de médicaments pour maîtriser ses troubles mentaux. Il ne veut toutefois pas les prendre et ils lui sont administrés avec le consentement de son père. Dans les 12 mois qui ont précédé la plus récente décision de la Commission, l'appelant avait commencé à avoir un problème [TRADUCTION] « d'intoxication par l'eau ». Le directeur général de l'hôpital a recommandé son maintien en détention à l'établissement à sécurité maximale Oak Ridge.

II. History of the Proceedings

A. *Ontario Review Board*

9 Annual review hearings resulted in orders for the appellant's continued hospitalization at Oak Ridge from 1993 until July 24, 2000, when the Review Board ordered his transfer to a *medium* security unit, stating:

The Board is unanimously of the view that Mr. Tulikorpi continues to represent a significant threat to the safety of the public by reason of his poor insight into his mental illness and as to the need for medication as well

II. Historique des procédures

A. *Commission ontarienne d'examen*

La révision annuelle de la décision s'est chaque fois soldée par une ordonnance prolongeant l'hospitalisation de l'appelant à Oak Ridge, de 1993 jusqu'au 24 juillet 2000, date à laquelle la Commission a ordonné son transfert dans une unité à sécurité moyenne et a dit ceci :

[TRADUCTION] La Commission est unanimement d'avis que M. Tulikorpi continue de représenter un risque important pour la sécurité du public du fait de sa compréhension insuffisante de sa maladie mentale et du fait

as the probability that he would immediately become non-compliant in terms of medication and would decom-pensate such that his behaviour would become dangerous if left to his own devices. He clearly requires monitoring and supervision.

The Board interpreted s. 672.54 of the *Criminal Code* to require the “least onerous and least restrictive” test to be applied to the conditions of the appellant’s continued detention, and not just to the type of detention itself.

The Board then found that the least onerous, least restrictive disposition consistent with managing the appellant and protecting the public, taking into account the relevant factors, was his transfer to the medium secure Whitby Mental Health Centre (“Whitby Hospital”), allowing him hospital and grounds privileges while accompanied by staff. The disposition order read in part as follows:

5. IT IS FURTHER ORDERED that the person in charge of the Whitby Mental Health Centre create a program for the detention in custody and rehabilitation of the accused within the medium secure unit of the Whitby Mental Health Centre, in which the person in charge, in his or her discretion, subject to the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society, and the other needs of the accused, may permit the accused:
 - (a) to attend within or outside of the hospital for necessary medical, dental or compassionate purposes; and
 - (b) hospital and grounds privileges for socialization, recreation and vocation, accompanied by staff.
6. AND IT IS FURTHER ORDERED that the person in charge of the Whitby Mental Health Centre notify the local police at such times as he or she exercises his or her discretion to permit the accused to enter the community and to advise the local police of the

qu'il a besoin de prendre des médicaments et qu'il est probable qu'il cesserait immédiatement de le faire et se retrouverait dans un état de décompensation tel que son comportement deviendrait dangereux s'il était laissé à lui-même. Il a manifestement besoin de surveillance et de supervision.

La Commission a considéré que le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » prévu par l’art. 672.54 du *Code criminel* s’applique aux modalités du maintien en détention et non pas seulement au type de détention lui-même.

La Commission a ensuite conclu que la décision la moins sévère et la moins privative de liberté permettant de concilier la prise en charge de l’appelant et la protection du public, compte tenu des facteurs pertinents, consistait à le transférer au Centre de santé mentale de Whitby (« l’hôpital de Whitby »), établissement à sécurité moyenne, tout en lui accordant des priviléges de déplacement dans l’hôpital et sur ses terrains, accompagné par du personnel hospitalier. L’ordonnance de la Commission précisait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

5. LA COMMISSION ORDONNE EN OUTRE au responsable du Centre de santé mentale de Whitby de créer à l’intention de l’accusé un programme de détention et de réadaptation dans l’unité à sécurité moyenne de cet établissement, où le responsable pourra, à son appréciation et eu égard à la nécessité de protéger le public contre les personnes dangereuses, à l’état mental de l’accusé et à ses besoins, notamment la nécessité de sa réinsertion sociale, permettre à l’accusé :
 - a) de se déplacer à l’intérieur et à l’extérieur de l’hôpital pour obtenir des soins médicaux ou dentaires ou pour des raisons d’ordre humanitaire;
 - b) de jouir de priviléges de déplacement dans l’hôpital et sur ses terrains, accompagné par du personnel hospitalier, pour socialiser, se divertir ou participer à des activités de formation professionnelle.
6. ET LA COMMISSION ORDONNE EN OUTRE au responsable du centre de santé mentale de Whitby de prévenir le service de police local lorsqu’il autorise l’accusé à se rendre dans la collectivité et de communiquer au service de police les conditions

10

11

terms and conditions under which he or she permitted the accused to do so pursuant to term 5 of this Disposition.

The Administrators of both Oak Ridge and the Whitby Hospital appealed.

B. *Court of Appeal* (2001), 158 C.C.C. (3d) 325

12 The Court of Appeal, following its previous jurisprudence, held that the requirement of “the least onerous and least restrictive” disposition applied only to choosing among the three potential outcomes, namely an absolute discharge, discharge subject to conditions, or detention in a hospital subject to conditions. That choice having been made, in its view it was not necessary that the Review Board also consider whether the type of hospital (e.g., transfer from Oak Ridge to Whitby) or the conditions attached to the order (e.g., hospital and grounds privileges) would themselves be the least onerous and least restrictive.

13 In that court’s view, applying the “least onerous and least restrictive” test to every condition that could be said to impact on the liberty of an NCR accused would hamstring the Review Board in the exercise of its discretion and place the Court of Appeal in the untenable position of having to micro-manage the Review Board’s every decision.

14 As it was not certain that the Review Board would necessarily have come to the same conclusion had it applied the correct legal test, the court referred the matter back to the Board for a rehearing after it obtains additional information concerning the reasons for the earlier 1993 transfer and the suitability of the Whitby Hospital to monitor and treat the appellant.

15 The appellant continued to be detained at Oak Ridge pending his appeal to this Court.

dont il a assorti l’autorisation donnée conformément au paragraphe 5 de la présente décision.

Tant l’administrateur de l’établissement Oak Ridge que celui de l’hôpital de Whitby ont interjeté appel de cette décision.

B. *Cour d’appel* (2001), 158 C.C.C. (3d) 325

Appliquant ses arrêts antérieurs, la Cour d’appel a jugé que l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne visait que le choix entre les trois décisions susceptibles d’être prononcées, soit la libération inconditionnelle, la libération assortie de conditions ou la détention dans un hôpital sous réserve de certaines modalités. De l’avis de la Cour d’appel, une fois cette décision arrêtée, la Commission n’avait pas à se demander si la décision concernant le type d’hôpital (par exemple transfert de Oak Ridge à Whitby) ou les modalités de l’ordonnance (par exemple les priviléges de déplacement dans l’hôpital et sur ses terrains) étaient les moins sévères et les moins privatives de liberté.

De l’avis de la Cour d’appel, l’application du critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à chacune des modalités susceptibles de restreindre la liberté d’un accusé déclaré non responsable criminellement gènerait la commission d’examen dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire et placerait la Cour d’appel dans la situation intenable d’avoir à microgérer chacun des aspects des décisions prises par la Commission.

Comme il n’était pas certain que la Commission d’examen aurait nécessairement tiré la même conclusion si elle avait appliqué le bon critère juridique, la Cour d’appel a renvoyé l’affaire à la Commission pour qu’elle tienne une nouvelle audience après avoir obtenu des renseignements supplémentaires sur les raisons ayant justifié initialement le transfert de l’appelant en 1993 et sur la capacité de l’hôpital de Whitby de surveiller et de traiter l’appelant.

L’appelant a continué d’être détenu à Oak Ridge pendant la durée de son pourvoi à notre Cour.

III. 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.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

672.1 In this Part,

“disposition” means an order made by a court or Review Board under section 672.54 or an order made by a court under section 672.58;

672.54 [Dispositions that may be made] Where a court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

- (a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;
- (b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or
- (c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

IV. Constitutional Questions

By order dated March 18, 2003, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 672.54(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

III. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

16

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.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

672.1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« décision » Décision rendue par un tribunal ou une commission d'examen en vertu de l'article 672.54 ou décision rendue par un tribunal en vertu de l'article 672.58.

672.54 [Décisions] Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale :

- a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;
- b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;
- c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

IV. Les questions constitutionnelles

17

Dans une ordonnance datée du 18 mars 2003, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'alinéa 672.54c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

18 The Court granted the parties leave to file supplementary evidence on the legislative facts related to the constitutional questions.

V. Analysis

19 This appeal and its companion, *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21, released concurrently, represent the latest round in the attempt to reconcile the twin goals of public safety and the fair treatment of individuals who commit offences while suffering from a mental disorder.

20 In *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, the Court struck down the former s. 542(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which provided that, where an accused was found to be “insane” at the time of the offence, he was to “be kept in strict custody in the place and in the manner” directed “until the pleasure of the lieutenant governor of the province is known”. Because there was no provision for periodic reviews or hearings or “other procedural safeguards”, the then s. 542(2) of the *Criminal Code* was held to infringe s. 7 of the *Charter* on the basis that an accused, who was “insane”, was deprived of his or her right to liberty in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice. The infringement could not be justified under s. 1.

21 In response to *Swain*, Parliament, in 1991, enacted Part XX.1 of the *Criminal Code*, which described such accused persons as “not criminally responsible” (“NCR”) and placed them in a special stream that emphasized treatment and stabilization over incarceration and punishment. The continued detention of such persons was made conditional on a showing that they posed “a significant threat to the safety of the public” (s. 672.54).

22 Part XX.1 was itself attacked as a violation of s. 7 of the *Charter* in *Winko, supra*. The Court concluded that the constitutionality of the scheme was

Notre Cour a donné aux parties l'autorisation de déposer des éléments de preuve supplémentaires concernant les faits législatifs se rapportant aux questions constitutionnelles.

V. L'analyse

Le présent pourvoi et l'arrêt connexe, *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528, 2004 CSC 21, rendu simultanément, représentent la plus récente tentative en vue de concilier le double objectif de protection de la sécurité du public et de traitement équitable des personnes atteintes de troubles mentaux qui commettent des infractions.

Dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, notre Cour a invalidé l'ancien par. 542(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui précisait que lorsqu'il était constaté que l'accusé était « aliéné » au moment où l'infraction avait été commise, celui-ci devait être « tenu sous une garde rigoureuse dans le lieu et de la manière » prévus par l'ordonnance « jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu ». Comme cette disposition ne prévoyait ni examen périodique, ni audience ou « autre forme quelconque de garantie procédurale », notre Cour a jugé qu'elle contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* au motif que les accusés « aliénés » se voyaient privés de leur droit à la liberté d'une manière qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Cette atteinte ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier.

Par suite de l'arrêt *Swain*, le Parlement a édicté en 1991 la partie XX.1 du *Code criminel*, qui déclare de tels accusés « non responsables criminelllement » et établit à leur égard une procédure spéciale mettant davantage l'accent sur le traitement et la stabilisation de l'intéressé que sur l'incarcération et la punition. Pour que le maintien en détention de telles personnes puisse être ordonné, il faut désormais établir qu'elles représentent « un risque important pour la sécurité du public » (art. 672.54).

Dans l'arrêt *Winko*, précité, la validité de la partie XX.1 elle-même a été contestée parce que, prétendait-on, elle contrevenait à l'art. 7 de la

saved by the requirement, *per* McLachlin J. (as she then was), that “an absolute discharge be granted unless the court or Review Board is able to conclude that [the NCR accused persons] pose a significant risk to the safety of the public” (para. 3). In that context (at para. 42),

Parliament has signalled that the NCR accused is to be treated with the utmost dignity and afforded the utmost liberty compatible with his or her situation.

The appellant argues that, if the NCR detainee is not protected by the “least onerous and least restrictive” requirement, the *Charter* challenge dismissed in *Winko* is brought back to life.

More recently, in *Owen, supra*, where an NCR accused challenged as unreasonable an order for his continued detention in a mental hospital, a majority of this Court upheld the detention order but acknowledged that (at para. 52):

The appeal of an NCR disposition order under Part XX.1 of the *Criminal Code* is not an appeal in an adversarial criminal prosecution . . . but an inquisitional administrative procedure designed to arrive at the least restrictive regime for an NCR detainee consistent with public safety. [Emphasis added.]

The “least restrictive regime”, in ordinary language, would include not only the place or mode of detention but the conditions governing it. On the face of it, therefore, *Winko* and *Owen* would appear to have decided the point of statutory interpretation in the appellant’s favour. The liberty interest of the NCR accused is not exhausted by the simple choice among absolute discharge, conditional discharge, or hospital detention on conditions. A variation in the conditions of a conditional discharge, or the conditions under which an NCR accused is detained in a mental hospital, can also have serious

Charte. Notre Cour a conclu, sous la plume de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), que la constitutionnalité du régime était sauvegardée par l’exigence requérant que les accusés non responsables criminellement « soient libérés inconditionnellement à moins que le tribunal ou la commission d’examen ne soit en mesure de conclure qu’ils représentent un risque important pour la sécurité du public » (par. 3). Dans ce contexte (par. 42),

le législateur a voulu que l’accusé non responsable criminellement soit traité avec la plus grande dignité et jouisse de la plus grande liberté possible, compte tenu de son état.

L’appelant plaide que, si l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne protège pas les détenus non responsables criminellement, la contestation fondée sur la *Charte* qu’a rejetée notre Cour dans l’arrêt *Winko* doit être réexaminée.

Plus récemment, dans l’affaire *Owen*, précitée, où un accusé non responsable criminellement contestait une ordonnance intimant son maintien en détention dans un hôpital psychiatrique, affirmant que cette ordonnance était déraisonnable, notre Cour à la majorité a confirmé l’ordonnance, mais a reconnu le point suivant, au par. 52 :

L’appel d’une ordonnance de non-responsabilité criminelle sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel* ne constitue pas une procédure contradictoire d’appel d’une poursuite criminelle [. . .] mais bien une procédure administrative de nature inquisitoire visant à établir le régime le moins contraignant pour un détenu non responsable criminellement tout en préservant la sécurité du public. [Je souligne.]

Dans le langage courant, l’expression « régime le moins contraignant » s’entend non seulement du lieu ou du mode de détention mais aussi des modalités régissant celle-ci. À première vue donc, les arrêts *Winko* et *Owen* semblent trancher la question d’interprétation législative en faveur de l’accusé. La prise en compte du droit à la liberté d’un accusé déclaré non responsable criminellement ne prend pas fin dès qu’a été arrêtée la décision entre la libération inconditionnelle, la libération assortie de conditions ou la détention dans un hôpital sous réserve de certaines modalités. La modification

23

24

ramifications for his or her liberty interest, as will be seen.

A. *The Arguments Put Against the Appellant*

25 The Crown and the supporting interveners seek to uphold the decision of the Ontario Court of Appeal on three principal grounds:

1. As a matter of statutory interpretation, the “least onerous, least restrictive” test does not apply to conditions that form part of a disposition.
2. The statutory test applicable to the setting of conditions is “appropriateness”. In fashioning conditions, “[t]he Review Board [may have] to consider many factors which are health care related and are not readily measurable against a ‘least onerous, least restrictive’ standard”. Such factors include location of specific treatment programs, patients’ past experience in a particular facility, effects of a transfer on a patient, access to family, potential risk to other patients, patient wishes, and the availability of space/supervision. It is logical, the Crown argues, that dispositions and conditions of dispositions are governed by different standards.
3. As a policy matter, it is desirable that the discretion of the Board be unfettered regarding the conditions it considers appropriate, and the specifics delegated to professional caregivers without “micro-management” by the court.

26 In support of its position, the Crown relies upon a line of authority in the Ontario Court of Appeal,

des modalités assortissant la libération de l’intimé ou sa détention dans un hôpital psychiatrique peut elle aussi, comme nous le verrons plus loin, avoir de graves répercussions sur le droit à la liberté de l’accusé.

A. *Les arguments invoqués contre l’appelant*

Le ministère public et les intervenants qui l’appuient demandent la confirmation de larrêt de la Cour d’appel de l’Ontario, invoquant trois moyens principaux :

1. Du point de vue de l’interprétation des lois, le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne s’applique pas aux modalités qui font partie de la décision.
2. Le critère prévu par la loi aux fins de détermination des modalités est le « caractère indiqué » de celles-ci. Pour établir ces modalités, [TRADUCTION] « [l]a commission d’examen [peut être appelée] à examiner de nombreux facteurs qui touchent aux soins de santé et ne sont pas facilement mesurables au regard de la ‘norme de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté’ ». Parmi ces facteurs, mentionnons le lieu des programmes de traitement, l’expérience antérieure du patient dans un établissement donné, les effets du transfert sur le patient, l’accès à sa famille, les risques potentiels pour les autres patients, les désirs du patient, les places disponibles et la supervision assurée. Il est donc logique, affirme le ministère public, que les décisions et leurs modalités soient régies par des normes différentes.
3. Du point de vue de la politique générale, il est souhaitable que la commission dispose d’un pouvoir discrétionnaire absolu à l’égard des modalités qu’elle juge indiquées, et que la responsabilité des détails soient déléguée au personnel soignant, sans « microgestion » par les tribunaux.

Le ministère public fonde sa thèse sur la jurisprudence de la Cour d’appel de l’Ontario, notamment

including *R. v. Pinet* (1995), 23 O.R. (3d) 97 (“*Pinet No. I*”), at p. 102; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, at p. 478, leave to appeal denied, [1999] 1 S.C.R. vi (*sub nom. Clement v. Attorney General for Ontario*); and *R. v. Brunczlik* (2002), 61 O.R. (3d) 321.

The Ontario Review Board and the Nunavut Review Board in response, rely upon what they say is a conflicting line of authority in other provinces in decisions that pre-date *Winko*, *supra*, including *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.), at pp. 277-78; *Lajoie v. Québec (Commission québécoise d'examen)*, [1994] R.J.Q. 607 (C.A.), at p. 610.

B. *The Factual Context*

The legal issues thus raised need to be put in their factual context. The Review Board order continued the appellant’s detention “in custody in a hospital” under para. (c) of s. 672.54, even though he was transferred from a maximum security hospital to a medium security hospital. There was therefore, in the parlance of *Pinet No. I*, no change of “disposition”. Yet the evidence shows that the restrictions on liberty in various mental institutions and at various levels of security vary enormously.

There are 10 hospitals in Ontario designated by the provincial Minister of Health for the custodial treatment of NCR accused. These hospitals operate out of 12 locations around the province. Oak Ridge is the only facility designated “maximum” security. The rooms are cell-like, with barred or solid steel doors, barred windows and attached steel fixtures (sink, toilet, bed). The use of privacy curtains is limited. Access to privileges and facilities is strictly controlled. In some ward areas of Oak Ridge, detainees are not allowed to keep soap, a toothbrush or a comb in their rooms, or in some

R. c. Pinet (1995), 23 O.R. (3d) 97 (« *Pinet n° I* »), p. 102; *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario (Attorney General)* (1999), 131 C.C.C. (3d) 473, p. 478, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. vi (*sub nom. Clement c. Attorney General for Ontario*); et *R. c. Brunczlik* (2002), 61 O.R. (3d) 321.

La Commission ontarienne d’examen et la Commission d’examen du Nunavut répondent en invoquant ce qu’elles appellent le courant jurisprudentiel contradictoire formé d’arrêts rendus dans d’autres provinces avant l’arrêt *Winko*, précité, notamment *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.), p. 277-278; *Lajoie c. Québec (Commission québécoise d'examen)*, [1994] R.J.Q. 607 (C.A.), p. 610.

B. *Le contexte factuel*

Les questions de droit ainsi soulevées doivent être situées dans le contexte factuel qui leur est propre. La Commission d’examen a ordonné le maintien en « détention de l’appelant dans un hôpital » conformément à l’al. c) de l’art. 672.54, même s’il a été transféré d’un hôpital à sécurité maximale à un hôpital à sécurité moyenne. Pour reprendre le langage utilisé dans l’arrêt *Pinet n° I*, il n’y a donc eu aucun changement de [TRADUCTION] « décision ». Toutefois, la preuve démontre que les restrictions à la liberté varient énormément dans les différents hôpitaux psychiatriques et d’un niveau de sécurité à l’autre.

En Ontario, 10 hôpitaux ont été désignés par le ministre de la Santé de la province comme établissement de traitement en détention des accusés non responsables criminellement. Ces hôpitaux sont exploités à 12 endroits différents dans la province. Oak Ridge est le seul établissement à sécurité « maximale ». Les chambres y sont aménagées comme des cellules : les portes sont blindées ou munies de barreaux, les fenêtres sont elles aussi munies de barreaux, le mobilier et les articles de plomberie (lit, lavabo, toilette) sont fixés en place par des dispositifs d’acier. L’installation de rideaux

27

28

29

cases to use a pen. Visits to the canteen may be escorted.

- 30 The Ontario hospital system provides three levels of security below the Oak Ridge "maximum", namely, double-lock medium (high medium), single-lock medium (regular medium) and minimum. These levels permit detainees what is called "a cascade" of increasingly greater levels of liberty. At the Royal Ottawa Health Care Group at Brockville, for example, the doors are unlocked during the day. Most patients, though formally "detained" in the hospital, have unsupervised grounds or unsupervised community privileges. The importance of these lower level security hospitals is that they can facilitate the gradual reintegration of detainees into the community as the twin goals of public safety and treatment permit, with progressively greater access to family, community facilities and outward-looking programming, and their attendant therapeutic effect.
- 31 It is obvious that once the Review Board has made the disposition to "a hospital" under s. 672.54(c), choice of the type of hospital and level of security and conditions of detention will have a vital impact on the liberty interest of the detainee. Confinement to a cell-like room at Oak Ridge is a long way from a life of liberal access to the community at the Royal Ottawa Health Care Group facility at Brockville.
- 32 Apart from hospital selection, there are other conditions routinely considered by Review Boards that also affect the liberty interest having regard to "the

opaques est limitée. La jouissance des divers priviléges et installations est strictement contrôlée. Dans certains services à Oak Ridge, il est interdit aux détenus de garder dans leur chambre des savons, brosses à dents ou peignes, et même, dans certains cas, d'utiliser un stylo. Il arrive que les visites à la cantine doivent être effectuées sous escorte.

Le système d'hôpitaux ontariens comporte trois niveaux de sécurité en dessous du niveau « maximal » (Oak Ridge) : haute sécurité, sécurité moyenne et sécurité minimale. Pour les détenus, ces divers niveaux de sécurité se traduisent par ce qu'on appelle [TRADUCTION] « une cascade » de degrés sans cesse croissants de liberté. Par exemple, aux Services de santé Royal Ottawa à Brockville, les portes sont déverrouillées pendant la journée. Bien qu'ils soient officiellement en « détention » dans l'hôpital, la plupart des patients jouissent de priviléges d'accès sans supervision aux terrains de l'hôpital ou à la collectivité. L'importance de ces hôpitaux dont le niveau de sécurité est moins élevé tient au fait qu'ils peuvent faciliter la réinsertion graduelle des détenus au sein de la collectivité — dans le respect toujours du double objectif de protection de la sécurité du public et de traitement des détenus — en leur permettant d'avoir accès graduellement à leur famille, aux installations et services dans la collectivité et aux programmes offerts à l'extérieur de l'établissement, et ainsi de bénéficier des effets thérapeutiques de telles mesures d'accès.

Il est évident que, lorsque la Commission d'examen décide d'ordonner la détention de l'accusé « dans un hôpital » en vertu de l'al. 672.54c), le choix du type d'hôpital, du niveau de sécurité de l'établissement et des modalités de détention aura des répercussions cruciales sur le droit à la liberté du détenu. L'internement à Oak Ridge, dans une chambre semblable à une cellule, diffère considérablement du fait d'être détenu à l'établissement des Services de santé Royal Ottawa à Brockville et de profiter de généreux priviléges d'accès à la collectivité.

Outre le choix de l'hôpital, la commission d'examen considère régulièrement d'autres modalités portant elles aussi atteinte au droit à la liberté, compte

need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused". The disposition order may specify that the detainee is (or is not) to have access to the grounds of the hospital, or to the community within a defined radius (including a weekend or overnight pass), and, if so, the level of accompanying supervision, if any. The Review Board may specify the purposes for which community access is authorized (such as medical or dental treatment, education, employment, recreation, or social activities). Equally, the conditions may place particular restrictions on a detainee's liberty. In a conditional discharge under s. 672.54(b) for example, such restrictions may include a prohibition against consuming alcohol or drugs, using or possessing firearms, associating with particular persons or classes of persons, and reporting requirements.

A simple disposition under para. (b) or (c) of s. 672.54 tells only part of the relevant story, and even that part may be an oversimplification. One might expect, for example, that a disposition under (c) that "the accused be detained in custody in a hospital" means that the detainee will in fact reside in the hospital but that would be wrong. In some Ontario mental health hospitals, a significant percentage of detainees (at times over 50 percent) may reside in the community on "appropriate" conditions.

Dr. John Bradford is the Clinical Director of the Integrated Forensic Program, and the Co-Director of the Sexual Behaviours Clinic of the Royal Ottawa Health Care Group. He is also a Professor of Psychiatry, and the Head of the Division of Forensic Psychiatry at the Faculty of Medicine, University of Ottawa. In the supplementary material filed on the constitutional questions, he testified that "[b]ecause of the wide range of increments of liberty which can be effected within a medium security institution, the level of security of the institution in which an

tenu « de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale ». Il arrive que la décision de la commission d'examen précise si le détenu peut (ou non) circuler sur les terrains de l'hôpital ou dans un certain rayon au sein de la collectivité (notamment en vertu d'un laissez-passer valable pour la nuit ou pour la fin de semaine) et, dans l'affirmative, s'il doit être accompagné et, si oui, quel est le niveau de supervision requis. La commission d'examen peut indiquer à quelles fins les sorties dans la collectivité sont autorisées (par exemple traitements médicaux ou dentaires, éducation, travail, loisirs ou activités sociales). De même, les modalités imposées peuvent à certains égards restreindre la liberté du détenu. Par exemple, si l'accusé est libéré à certaines conditions en vertu de l'al. 672.54b), ces conditions peuvent comprendre l'interdiction de consommer des drogues ou de l'alcool, d'utiliser ou de posséder des armes à feu, de fréquenter certaines personnes ou catégories de personnes, ainsi que l'obligation de se présenter à des moments donnés.

Les seuls mots utilisés à l'al. 672.54b) ou c) ne révèlent qu'un aspect de la décision pertinente et simplifient peut-être même excessivement cette situation. Par exemple, il est permis de penser que la décision prévue à l'al. c) — à savoir la « détention de l'accusé dans un hôpital » — signifie que dans les faits le détenu résidera à l'hôpital, alors que ce n'est pas nécessairement le cas. En effet, dans certains hôpitaux psychiatriques ontariens, il arrive qu'un pourcentage important de détenus (parfois supérieur à 50 p. 100) réside dans la collectivité, sous réserve des modalités jugées « indiquées ».

Le Dr John Bradford est directeur des Services cliniques du programme médico-légal et codirecteur de la Clinique des comportements sexuels des Services de santé Royal Ottawa. Il est également professeur de psychiatrie et chef de la Chaire de psychiatrie légale de la Faculté de médecine de l'Université d'Ottawa. Dans les documents supplémentaires déposés relativement aux questions constitutionnelles, il a témoigné que, [TRADUCTION] « [v]u le large éventail de degrés progressifs de liberté qui peuvent être accordés dans un

33

34

NCR accused is detained is not, standing alone, the best measure of the relative liberty available to the individual." The Crown agreed that the mix of conditions might make a medium security facility less attractive to a detainee than the maximum security facility at Oak Ridge, stating in its factum:

The commonly used security level classifications are not defined and there are many other conditions relating to the freedom of movement provided to the patient within the facility that will determine the relative liberty available to the NCR accused.

A severely restricted NCR accused, for example, might find more programs and amenities accessible within the secure perimeter at Oak Ridge than at a less secure hospital where he might be "restricted to the ward he is placed in".

35 Moreover, Dr. Stephen Hucker, the Crown expert, testified as follows:

Q. And would you agree with me, with possibly a few exceptions, NCR or unfit patients are not clamouring to be transferred to or to stay at Oak Ridge?

A. Some have asked to be returned. Some have claimed to have re-offended because they wanted to go back, if you want to believe their story. There are some that find conditions in medium to be more restrictive than they thought. The common sense would be, here I am in maximum, medium must be better, it must be least restrictive and onerous. But in practice that may not be true.

36 Even this brief review of the factual context in which s. 672.54 operates is enough, I think, to show how closely the issue of statutory interpretation is bound up with the appellant's *Charter* argument. The Crown's argument that the appellant's liberty

établissement à sécurité moyenne, le niveau de sécurité de l'établissement dans lequel est détenu l'accusé non responsable criminellement ne constitue pas, en soi, la meilleure façon de mesurer la liberté relative dont jouit l'accusé. » Le ministère public a concédé que l'ensemble des modalités fixées pourrait amener le détenu à considérer l'établissement à sécurité moyenne moins intéressant que l'établissement à sécurité maximale Oak Ridge, et il a affirmé ceci dans son mémoire :

[TRADUCTION] L'échelle de classement par niveau de sécurité qui est couramment utilisée n'est pas définie et une foule d'autres conditions touchant à la liberté de circulation accordée au patient à l'intérieur de l'établissement déterminent le degré de liberté relative dont jouit l'accusé non responsable criminellement.

Par exemple, un accusé non responsable criminellement assujetti à de sévères restrictions pourrait avoir accès à davantage de programmes et d'installations à l'intérieur du périmètre sécuritaire d'Oak Ridge que dans un hôpital à sécurité moins élevée où [TRADUCTION] « ses déplacements peuvent être restreints au service dans lequel il a été placé ».

Qui plus est, le Dr Stephen Hucker, l'expert du ministère public, a dit ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. Et vous conviendrez avec moi, qu'à quelques exceptions près, les patients inaptes ou non responsables criminellement n'insistent pas pour être transférés à Oak Ridge ou pour y demeurer?

R. Certains ont demandé à y être renvoyés. Certains prétendent avoir commis d'autres infractions parce qu'ils voulaient y retourner, si on veut bien les croire. Il y a des patients qui trouvent que les conditions de détention dans les établissements à sécurité moyenne sont plus contraignantes qu'ils ne le croyaient. Il serait logique pour quelqu'un de se dire bon je suis dans un établissement à sécurité maximale, alors un établissement à sécurité moyenne est sûrement mieux, il doit être moins restrictif et moins sévère. Mais en pratique, il est possible que ce ne soit pas le cas.

Même ce bref examen du contexte factuel de l'application de l'art. 672.54 permet selon moi de démontrer le lien étroit qui existe entre la question d'interprétation législative et l'argument de l'appelant fondé sur la *Charte*. Il ressort des faits que

interest is restricted to the simple choice between absolute discharge, conditional discharge and hospital detention on “appropriate” conditions is, on the facts, an oversimplification.

I turn, then, to the Crown’s arguments.

C. *The Statutory Interpretation Argument*

The Crown adopts the analysis of McKinlay J.A. in *Pinet No. 1*, at p. 101:

In my view, the correct reading of s. 672.54 is that only three dispositions are possible — (a) absolute discharge, (b) discharge subject to conditions, and (c) detention in a hospital subject to conditions — and that the criteria set out in the preceding portion of the section are relevant only to a choice between dispositions (a), (b), or (c). Thus consideration of the least onerous and least restrictive disposition is required only with respect to a determination as to whether the accused should be absolutely discharged, discharged subject to conditions, or detained in a hospital subject to conditions. That determination having been made, and the requirements in the first part of s. 672.54 having been satisfied, it is not necessary that the Board, in imposing conditions under (b) or (c), consider whether the type of hospital or the conditions contemplated under (b) or (c) would be the least onerous and least restrictive.

Moldaver J.A., in the present appeal, signalled some unease with this position when he noted the “forceful argument . . . that the naming of a specific hospital or type of hospital within which the NCR accused is to be detained is not a condition at all but rather, an integral part of the disposition under subs. (c) . . . [In which case the] Board would of course be obliged to apply the ‘least onerous, least restrictive test’ in arriving at its decision” (para. 27). (Given his conclusion that *Pinet No. 1* remained the law of Ontario, however, he held that the Review Board applied the wrong legal test.)

l’argument du ministère public selon lequel le droit à la liberté de l’appelant ne joue qu’au moment du choix entre la libération inconditionnelle, la libération assortie de certaines conditions ou la détention dans un hôpital sous réserve des modalités jugées « indiquées » simplifie excessivement la question.

Je vais maintenant examiner les arguments du ministère public.³⁷

C. *L’argument fondé sur l’interprétation de la loi*

Le ministère public adopte l’analyse faite par le juge McKinlay à la p. 101 de l’arrêt *Pinet n° 1* :

[TRADUCTION] À mon avis, selon l’interprétation qu’il convient de donner de l’art. 672.54, trois décisions seulement sont possibles — a) libération inconditionnelle, b) libération sous réserve de certaines modalités et c) détention dans un hôpital selon certaines modalités — et les critères énoncés dans le passage introductif de l’article ne sont pertinents qu’à l’égard du choix entre la décision a), b) ou c). Le critère de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté ne s’applique qu’à la question de savoir si l’accusé doit être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de certaines modalités ou détenu dans un hôpital selon certaines modalités. Lorsque la Commission a pris cette décision et respecté les exigences du passage introductif de l’art. 672.54, il n’est pas nécessaire, lorsqu’elle impose des modalités en vertu de l’alinéa b) ou c), qu’elle se demande si l’hôpital ou les modalités envisagés sont les moins sévères et les moins privatives de liberté.

En l’espèce, le juge Moldaver a manifesté une certaine perplexité à l’égard de cette thèse lorsqu’il a fait état du [TRADUCTION] « solide argument [. . .] voulant que la désignation expresse de l’hôpital ou type d’hôpital où l’accusé non responsable criminellement doit être détenu ne constitue aucunement une modalité mais fasse plutôt partie intégrante de la décision rendue en vertu de l’al. c). [. . .] [Si c’est le cas, la] Commission serait évidemment tenue d’appliquer le “critère de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté” lorsqu’elle prend cette décision » (par. 27). (Toutefois, vu sa conclusion que l’arrêt *Pinet n° 1* demeurait le droit applicable en Ontario, il a conclu que la Commission d’examen n’avait pas appliqué le bon critère juridique.)³⁹

- 40 I agree that the type of hospital in which the NCR accused is to be detained is “an integral part of the disposition under subs. (c)”. Moreover, in terms of the liberty interest, the “disposition” and its “conditions” cannot, as a practical matter, be isolated from one another as was shown, I believe, in the foregoing discussion of the factual context.
- 41 As to the statutory text, the French language equivalent of “disposition” is “*décision*”, and the Review Board is required to “*rend[re] la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent . . .*” (s. 672.54). One would not normally attempt to isolate conceptually a “*décision*” from the terms of which it is composed.
- 42 Similarly, in the English text, s. 672.1 provides that “‘disposition’ means an order made by a court or Review Board under section 672.54 . . .” (emphasis added). The order, of course, includes the conditions.
- 43 The “conditions” are not something that is bolted onto the disposition after it is made.
- 44 In Gonthier J.’s concurring judgment in *Winko, supra*, which was not in disagreement with the majority on this point, he made it clear that the “least onerous and least restrictive” requirement extended to the conditions that formed part of the disposition (at paras. 148 and 165):
9. When deciding whether to make an order for a conditional discharge or for detention in a hospital and when crafting the appropriate conditions, if any, the court or Review Board must again consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused, and make the order that is the least onerous and least restrictive to the NCR accused.
- . . .
- Je reconnaiss que le type d’hôpital où l’accusé non responsable criminellement doit être détenu fait « partie intégrante de la décision rendue en vertu de l’al. c) ». En outre, en ce qui concerne le droit à la liberté, comme l’a selon moi démontré l’analyse du contexte factuel, il n’est pas possible en pratique de dissocier une « décision » de ses « modalités ».
- Pour ce qui est du texte de loi, l’équivalent du terme anglais « *disposition* » dans la version française est « *décision* » et la commission d’examen est tenue de « *rend[re] la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent . . .* » (art. 672.54). On ne cherche généralement pas à dissocier conceptuellement une « *décision* » des modalités dont elle est composée.
- De même, la version anglaise de la définition de « *disposition* » à l’art. 672.1 précise que « “*disposition*” means an order made by a court or Review Board under section 672.54 . . . » (je souligne). Tout comme le mot « *décision* », le mot « *order* » s’entend évidemment lui aussi de ses modalités.
- Les « *modalités* » ne sont pas des pièces qu’on fixe à la décision après son prononcé.
- Dans son opinion concordante dans l’arrêt *Winko*, précité, opinion qui sur ce point ne différait pas de celle de la majorité, le juge Gonthier a clairement indiqué que l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » s’applique aux modalités qui font partie de la décision (par. 148 et 165) :
9. Lorsqu’il choisit de rendre une décision portant libération conditionnelle de l’accusé non responsable criminellement ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital et qu’il décide des modalités qui s’imposent, le cas échéant, le tribunal ou la commission d’examen doit, encore une fois, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.
- . . .

Dangerous NCR accused can be subjected only to the disposition and the conditions that are the least onerous and restrictive upon them, taking into account the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused. . . [Emphasis added.]

My reading of s. 672.54 as a whole is that Parliament intended the Review Board to consider at every step of s. 672.54 “the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused”, and there is no textual or contextual reason to isolate the governing requirement of s. 672.54 (“the least onerous and least restrictive”) from the preceding list and hold that it alone does not apply to the formulation of conditions that constitute part of the *décision* or disposition order.

However, the Crown points out that in both (b) and (c), Parliament has used the expression “subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate” in English and “sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées” in French (emphasis added).

From this, the Crown contends that, in fashioning terms or conditions, the courts and Review Board are constrained only by what they consider “appropriate” in the circumstances, and therefore do not need to consider whether the conditions are the least onerous and least restrictive to the NCR accused.

D. *The “Appropriateness Standard”*

The word “appropriate” (“*indiqué*”) generally confers a very broad latitude and discretion. The Attorney General of Canada refers to the characterization of the expression “appropriate and just in the circumstances”, and its French equivalent, in s. 24(1) of the *Charter* by relying upon *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965: “[i]t is

L'accusé non responsable criminellement et qui est dangereux ne peut être assujetti qu'à la décision et aux conditions qui sont les moins sévères et les moins privatives de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale . . . [Je souligne.]

D'après mon interprétation de l'art. 672.54 dans son ensemble, le législateur entend que, à chaque étape de l'application de cette disposition, la commission d'examen tienne compte « de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale », et aucune raison d'ordre textuel ou contextuel ne justifie de dissocier le critère dominant de l'art. 672.54 (« la décision la moins sévère et la moins privative de liberté ») de la liste qui précède et de conclure que cette exigence est la seule qui ne s'applique pas à l'élaboration des modalités qui font partie de la décision (« *disposition* » ou « *order* » en anglais). 45

Toutefois, le ministère public souligne que, aux al. b) et c), le législateur a employé l'expression « *subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate* » en anglais et « sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées » en français (je souligne). 46

Invoquant la présence de cette expression, le ministère public prétend que la seule restriction à la latitude dont disposent les tribunaux et la commission dans l'élaboration des modalités est qu'ils doivent s'en tenir aux conditions qu'ils considèrent « indiquées » dans les circonstances et qu'ils n'ont en conséquence pas à se demander si ces modalités sont, dans le cas de l'accusé qui a été déclaré non responsable criminellement, les moins sévères et les moins privatives de liberté. 47

D. *La « norme du caractère indiqué »*

Le mot « *appropriate* » (« *indiqué* ») évoque généralement l'existence d'une très grande latitude et d'un très large pouvoir discrétionnaire. Le procureur général du Canada fait état de la manière dont notre Cour a qualifié, dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965, l'expression anglaise « *appropriate and just in the circumstances* » 48

difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion.”

49 That, of course, is one of the problems with the Crown’s argument. The alleged presence of an “unfettered discretion” with respect to the terms of detention of an NCR accused is precisely the reason why the appellant argues that the whole scheme is unconstitutional as permitting arbitrary infringement of his liberty.

50 On the hearing of this appeal, the Ontario Review Board and the Nunavut Review Board filed a joint intervention arguing that the “appropriateness” standard urged by the Crown “does not provide guidance, consistency, clarity or fairness. Where a statutory provision affects the liberty of the individual, a clear standard must be established to justify that interference with liberty” (emphasis added). Thus, “[i]t is the position of the [Ontario Review Board] and [Nunavut Review Board] that these [statutory] goals are accomplished by applying to the disposition as a whole, including the conditions, the least onerous and least restrictive standard.”

51 In my view, with respect, the word “appropriate” in the context of s. 672.54 is not at all “unfettered”. The word takes its meaning from the context. Conditions must be appropriate, yes, but appropriate having regard to the four enumerated factors (public safety, mental condition of the accused, other needs of the accused, and the reintegration of the accused into society) to fashion a disposition that is “the least onerous and least restrictive to the accused”. This is clear from *Winko*, *supra*, where, in dealing with the *Charter* challenge under s. 7, McLachlin J. observed, at para. 71, that the scheme “ensures that the NCR accused’s liberty will be trammelled no more than is necessary to protect public safety”.

figurant au par. 24(1) de la *Charte*, et l’expression équivalente en français : « Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. »

Évidemment, ce facteur constitue un des problèmes que pose l’argument du ministère public. L’existence d’un supposé « pouvoir discrétionnaire absolu », qui s’appliquerait à l’égard des modalités de détention imposées aux accusés non responsables criminellement, est précisément la raison pour laquelle l’appelant plaide que le régime dans son ensemble est inconstitutionnel en ce qu’il permet des atteintes arbitraires à sa liberté.

À l’audition du présent pourvoi, la Commission ontarienne d’examen et la Commission d’examen du Nunavut sont intervenues conjointement, plaident que la norme du « caractère indiqué » sur laquelle se fonde le ministère public [TRADUCTION] « n’apporte aucune indication, cohérence, clarté ou justice. Lorsqu’une disposition législative porte atteinte à la liberté d’une personne, seule une norme claire peut justifier cette atteinte » (je souligne). En conséquence « [l]a Commission ontarienne d’examen et la Commission d’examen du Nunavut font valoir que la réalisation de ces objectifs [prévus par la loi] exige qu’on applique la norme de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à la décision dans son ensemble, y compris ses modalités. »

En toute déférence, j’estime que le mot « indiqué » n’évoque aucun pouvoir discrétionnaire « absolu » dans le contexte de l’art. 672.54. Ce mot tire son sens du contexte. Certes, les modalités doivent être indiquées, mais indiquées dans le cadre de l’élaboration — eu égard aux quatre facteurs énumérés (la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, l’état mental de l’accusé et ses besoins, notamment la nécessité de sa réinsertion sociale) — de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l’accusé. C’est ce qui ressort clairement de l’arrêt *Winko*, précité, où, examinant la contestation fondée sur l’art. 7 de la *Charte*, la juge McLachlin a souligné que le régime « fait en sorte que la liberté de l’accusé ne soit pas entravée plus qu’il n’est nécessaire pour protéger la sécurité du public » (par. 71).

This dictum is entirely incompatible with an unfettered “appropriateness” standard. The unnecessary “trammelling” of liberty can often lie in the precise conditions attached to the order and not just in the general mode of detention. The devil, as is so often the case, lies in the details.

Winko makes it clear that Part XX.1 of the *Criminal Code* survived the s. 7 *Charter* challenge in that case only because at every step of the process consideration of the liberty interest of the NCR accused was built into the statutory framework. In the following references to *Winko*, it will be noted, there is no distinction drawn between the “disposition”, which the Crown concedes must be the “least onerous and least restrictive”, keeping in mind the statutory factors, and the “conditions” that form part of the disposition. By way of introduction, McLachlin J. states, at para. 16:

... Parliament intended to set up an assessment-treatment system that would identify those NCR accused who pose a significant threat to public safety, and treat those accused appropriately while impinging on their liberty rights as minimally as possible, having regard to the particular circumstances of each case. [Emphasis added.]

“[L]iberty rights” obviously extend to more than the bare mode of detention. In this respect, for ease of reference, I refer again to *Winko*, at para. 42:

... Parliament has signalled that the NCR accused is to be treated with the utmost dignity and afforded the utmost liberty compatible with his or her situation.

Then again, discussing the wording and function of s. 672.54, *Winko* says, at para. 47:

... the court or Review Board shall make the order that is the least onerous and least restrictive to the accused, consistent with the evidence. [Emphasis added.]

Cette remarque incidente ne permet absolument pas d'affirmer que la norme du « caractère indiqué » serait indicative d'un pouvoir discrétionnaire absolu. Lorsque la liberté de l'intéressé est inutilement « entravée », cette situation découle fréquemment des modalités particulières de l'ordonnance et non du seul mode de détention en général. Comme c'est bien souvent le cas, les difficultés naissent des détails.

Il ressort clairement de l'arrêt *Winko* que si la contestation fondée sur l'art. 7 de la *Charte* n'a pas abouti à l'invalidation de la partie XX.1 du *Code criminel* dans cette affaire, c'est uniquement parce que le cadre législatif prévoyait, à chaque étape du processus, la prise en compte du droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement. On notera que, dans les passages suivants de l'arrêt *Winko*, aucune distinction n'est faite entre la « décision », qui doit, comme le concède le ministère public, être « la moins sévère et la moins privative de liberté » eu égard aux facteurs prévus par la loi, et les « modalités », qui font partie intégrante de cette décision. Voici ce que dit la juge McLachlin au par. 16, en guise d'introduction :

... l'intention du législateur [...] était [...] d'établir un système permettant d'évaluer ces personnes afin de déterminer si elles représentent un risque important pour la sécurité du public et de leur prodiguer des soins adéquats et ce, en restreignant le moins possible leur liberté, compte tenu de la situation personnelle de chaque personne. [Je souligne.]

Manifestement, la « liberté » ne s'entend pas seulement du mode de détention. À cet égard, par souci de commodité, je cite à nouveau le passage suivant du par. 42 de l'arrêt *Winko* :

... le législateur a voulu que l'accusé non responsable criminellement soit traité avec la plus grande dignité et jouisse de la plus grande liberté possible, compte tenu de son état.

Puis, un peu plus loin, au par. 47 de l'arrêt *Winko*, on peut lire ceci relativement au texte et à l'objet de l'art. 672.54 :

... le tribunal ou la commission d'examen doit rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la preuve ... [Je souligne.]

56

In light of these pronouncements, and the *Charter* challenge to which they were addressed, it seems to me impossible to accept the contention that the word “appropriate” in s. 672.54(b) and (c) can be read as conferring a discretion unfettered except by the management expertise and medical judgment of the Review Board to fashion such conditions as it thinks fit. In my view, Parliament intended “appropriate” to be understood and applied in the framework of making the “least onerous and least restrictive” order consistent with public safety, the mental condition and other needs of the NCR accused, and the objective of his or her eventual reintegration into society.

E. *The Crown’s Policy Arguments*

57

The Crown argues that the Review Board must maintain a high degree of flexibility to set conditions that are in the best interests of the treatment of the NCR accused, and that, if a “least onerous and least restrictive” requirement applied to each such condition, the result would “hamstring” proper treatment.

58

There are two sets of answers to this important question, one practical and one procedural.

1. Practical Considerations

59

Dr. John Bradford testified from practical experience:

In making dispositions, the Review Board considers the whole package of conditions attached to a disposition, including the level of security of the hospital for a disposition of detention in custody of a hospital, and imposes the least onerous and least restrictive package of disposition and conditions, taking into account public safety, and the clinical progress and needs of the NCR accused. In my experience, the process of applying the least onerous and least restrictive test to the package of disposition and conditions has not posed difficulties for the Review Board.

Compte tenu de ces énoncés et de la contestation fondée sur la *Charte* qui est à leur origine, il me semble impossible d’accepter l’argument voulant que le terme « indiquées » aux al. 672.54b) et c) ait pour effet de conférer à la commission d’examen un pouvoir discrétionnaire absolu — si ce n’est des limites de son expertise en matière de prise en charge et de son jugement sur le plan médical — l’habilitant à élaborer les modalités qu’elle estime opportunes. À mon avis, le législateur entendait que le terme « indiquées » soit considéré et appliqué dans le cadre du processus qui consiste à rendre la décision qui soit « la moins sévère et la moins privative de liberté », tout en étant compatible avec la sécurité du public, l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et ses besoins, notamment son éventuelle réinsertion sociale.

E. *Les arguments de politique générale invoqués par le ministère public*

Le ministère public soutient que la Commission d’examen doit disposer d’une très grande latitude dans l’élaboration des modalités propres à permettre le traitement de l’accusé non responsable criminellement, et que si chacune de ces modalités devait respecter le critère la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté », cela aurait pour effet de [TRADUCTION] « gêner » le traitement approprié de l’accusé.

Cet argument important soulève des considérations de deux ordres, pratique et procédural.

1. Considérations pratiques

Se basant sur son expérience pratique, le Dr John Bradford a dit ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION] Lorsque la Commission d’examen rend une décision, elle tient compte de l’ensemble des modalités s’y rattachant, y compris le niveau de sécurité de l’hôpital dans le cas d’une décision portant détention dans un hôpital, et elle impose l’ensemble de modalités le moins sévère et le moins privatif de liberté en tenant compte de la sécurité du public, ainsi que des besoins et progrès cliniques de l’accusé non responsable criminellement. D’après mon expérience, le processus d’application du critère de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à cet ensemble de modalités ne présente aucune difficulté particulière à la Commission d’examen.

The Review Board in this case itself applied the “least onerous and least restrictive” requirement to the conditions of the disposition order. Indeed, it was its insistence in doing so in this case that was characterized by the Court of Appeal as “an error of law”.

The evidence was that this requirement did not hamstring treatment. Dr. Stephen Hucker, the Crown’s expert, testified as follows:

Q. In assessing the appropriateness of a disposition, would you agree with me that the relative restrictiveness of the conditions is a relevant factor?

A. Yes.

Q. . . . Beginning at paragraph 33 in your affidavit, through to the end of the affidavit, you raise a number of what you describe as potential problems with what you see as applying the least onerous least restrictive test of conditions in a disposition?

A. Yes. Could I just say, I mean, to try and aim for the least onerous and restrictive alternative is not something I’m opposing. It’s just applying it is sometimes difficult.

Reference should also be made to the Ontario Government report entitled *Assessment, Treatment and Community Reintegration of the Mentally Disordered Offender*, Final Report of the Forensic Mental Health Services Expert Advisory Panel for the Ontario Ministry of Health and Long-Term Care (December 2002), at p. 129:

. . . treatment and/or management must occur in the least restrictive and most humane environment that is clinically and legally prescribed; [Emphasis added.]

It thus appears, on the evidence, that the Crown’s fears about “hamstringing” Review Boards are not shared by the experts in the field.

En l’espèce, la Commission d’examen a appliqué le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » aux modalités de la décision. En fait, c’est précisément l’insistance de la Commission à le faire que la Cour d’appel a qualifiée d’« erreur de droit ».

La preuve démontrait que cette obligation ne gênait pas le traitement. Le Dr Stephen Hucker, l’expert du ministère public, a affirmé ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. Seriez-vous d’accord avec moi pour dire que, dans la détermination du caractère indiqué d’une décision, la privation relative de liberté découlant des modalités constitue un facteur pertinent?

R. Oui.

Q. . . . À partir du paragraphe n° 33 de votre affidavit, et ce jusqu’à la fin, vous faites état d’un certain nombre de problèmes qui, selon vous, sont susceptibles de se présenter lors de l’application du critère de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté aux modalités de la décision?

R. Oui. Permettez-moi d’ajouter, vous savez, je n’ai rien contre l’idée de s’efforcer de trouver la solution la moins sévère et la moins privative de liberté. C’est simplement que l’application de ce principe se révèle parfois difficile.

Il convient également de mentionner le rapport du gouvernement de l’Ontario intitulé *Assessment, Treatment and Community Reintegration of the Mentally Disordered Offender*, rapport final du groupe consultatif d’experts en services psychiatriques médico-légaux pour le ministère de la Santé et des Soins de longue durée (décembre 2002), p. 129 :

[TRADUCTION] Le traitement et/ou la prise en charge de l’intéressé doivent se faire dans l'environnement le moins privatif de liberté et le plus bienveillant qui s’impose, cliniquement et juridiquement. [Je souligne.]

Il semble donc, à la lumière de la preuve, que les experts du domaine ne partagent pas la crainte du ministère public que les travaux des commissions d’examen pourraient être « gênés ».

60

61

62

63

64 The Crown also expressed concern that each individual condition might be isolated and independently assessed according to a “least onerous and least restrictive” standard. That fear, too, seems not to be shared by the experts.

65 Dr. John Bradford testified that the overall requirement of “least onerous and least restrictive” is applied in practice by Review Boards to the whole “package” of conditions rather than each individual item:

. . . the relative liberty depends on the whole package of conditions as outer limits on liberty set by the Review Board, and on the day-to-day management by the hospital of increments of liberty based on the patient’s progress and public safety. [Emphasis added.]

66 Dr. Hucker, the Crown’s expert, agreed with appellant’s counsel that the s. 672.54 conditions are treated as a “total package” and, viewed in their entirety, are made the least restrictive possible “bearing in mind public safety . . . and . . . all those things [s. 672.54 of] the *Criminal Code* enunciates”.

67 The heart of the Crown’s argument is that a “least onerous and least restrictive” requirement may undermine treatment needs. The Crown argues the “least onerous and least restrictive” requirement would impose undue rigidity, whereas the “appropriateness” test guarantees flexibility. With respect, these arguments do not do justice to the wording of s. 672.54. Just as the Crown is wrong, I think, to try to detach the word “appropriate” from the factors listed in s. 672.54 in order to give Review Boards greater “flexibility”, so, too, the Crown is wrong, with respect, to try to detach the “least onerous and least restrictive” requirement from its statutory context. Section 672.54 directs the Review Board to have regard to “the other needs of the accused” (emphasis added). At the forefront of these “other needs” is the need for treatment. Moreover, public safety, another key factor listed in s. 672.54, is ultimately assured by facilitating the recovery of the NCR accused. The “least onerous and least

Le ministère public s’inquiète également du fait que chaque modalité pourrait être évaluée isolément au regard de la norme de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté ». Cette inquiétude ne semble pas elle non plus être partagée par les experts.

Le Dr John Bradford a témoigné que, en pratique, les commissions d’examen appliquent l’obligation générale de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à [TRADUCTION] « l’ensemble » des modalités plutôt qu’à chacune d’elles :

[TRADUCTION] . . . la liberté relative dont jouit l’intéressé dépend de l’ensemble des modalités délimitant cette liberté et qu’a fixées la Commission d’examen ainsi que de la gestion quotidienne par l’hôpital des extensions de liberté accordées aux patients en fonction de ses progrès et de la sécurité du public. [Je souligne.]

Le Dr Hucker, l’expert du ministère public, a convenu avec l’avocat de l’appelant que les modalités visées à l’art. 672.54 sont considérées comme un [TRADUCTION] « tout » et sont agencées globalement de façon à restreindre le moins possible la liberté de l’intéressé, « compte tenu de la sécurité du public [. . .] et [. . .] de tous les autres éléments mentionnés [à l’art. 672.54] du *Code criminel* ».

L’aspect central de l’argument du ministère public est que l’élargissement du champ d’application de l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » pourrait empêcher de répondre aux besoins en traitement de l’intéressé. Le ministère public prétend que cette obligation imposerait une rigidité excessive, alors que le critère du « caractère indiqué » assure la souplesse requise. En toute déférence, ces arguments ne rendent pas justice au texte de l’art. 672.54. À mon avis, autant le ministère public a tort de vouloir dissocier le terme « indiquées » des autres facteurs énumérés à l’art. 672.54 pour accorder davantage de « souplesse » aux commissions d’examen, autant il a tort d’isoler de son contexte législatif l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté ». L’article 672.54 oblige la commission d’examen à tenir compte des « besoins [de l’accusé], notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale » (je souligne). Au premier rang des

“restrictive” requirement cannot be divorced from the statutory factors that condition its exercise. It is not a free-standing requirement. It operates once the Review Board has duly taken into consideration public safety, the mental condition and other needs of the NCR accused and the desired result that, at some point, when ready, he or she will be reintegrated into the community.

Moreover, the Crown’s argument that allowing this appeal would result in excessive rigidity overlooks s. 672.56 of the *Criminal Code*, which permits the Review Board to delegate to the person in charge of the hospital “authority to direct that the restrictions on the liberty of the [NCR] accused be increased or decreased within any limits and subject to any conditions set out in that disposition . . .”. Thus, within the outer envelope established by the Review Board order, a hospital administrator may move to restrict the detainee’s liberty if circumstances warrant, although if the restriction is significant and lasts longer than seven days, the Review Board must be notified and a hearing held: see “Wording of Custodial Disposition Orders”, s. 4 in *Manual of Operating Guidelines for Provincial Psychiatric Hospitals* (June 1995). If problems arise, such as a deterioration in the mental condition of a hospital detainee permitted residence in the community, the detainee can be returned to the hospital without the need of any prior order of a court or the Review Board.

The delegated authority, of course, must be exercised having due regard to the detainee’s liberty interest in light of the twin goals of public safety and treatment, but it permits a degree of day-to-day

autres besoins, on trouve les besoins en traitement. En outre, la sécurité du public — un autre facteur clé énuméré à l’art. 672.54 — est assurée au bout du compte si on aide l’accusé non responsable criminellement à se rétablir. On ne peut dissocier l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » des facteurs prévus par la loi et qui régissent l’application de ce critère. Il ne s’agit pas d’une obligation autonome. Elle entre en jeu après que la commission d’examen a dûment tenu compte de la sécurité du public, de l’état mental de l’accusé non responsable criminellement, de ses besoins et du résultat souhaité, à savoir son éventuelle réinsertion dans la collectivité lorsqu’il sera prêt.

Qui plus est, la prétention du ministère public selon laquelle la décision d’accueillir le présent pourvoi se traduirait par une rigidité excessive ne tient pas compte de l’art. 672.56 du *Code criminel*, qui permet à la commission d’examen de déléguer au responsable de l’hôpital « le pouvoir d’assouplir ou de resserrer les privations de liberté de l’accusé [non responsable criminellement] à l’intérieur des limites prévues par l’ordonnance et sous réserve des modalités de celles-ci . . . ». Par conséquent, à l’intérieur des limites établies par l’ordonnance de la Commission d’examen, le directeur général d’un hôpital peut restreindre la liberté du détenu si les circonstances le justifient; toutefois, si cette restriction est importante et dure plus de sept jours, la Commission d’examen doit en être avisée et tenir une audience : voir « Formulation des ordonnances relatives aux décisions de placement », art. 4 du *Manuel des directives de fonctionnement des hôpitaux psychiatriques provinciaux* (juin 1995). S’il surgit un problème, par exemple la détérioration de l’état mental d’une personne qui est détenue dans un hôpital mais autorisée à résider dans la collectivité, cette personne peut être ramenée à l’hôpital sans qu’il soit nécessaire d’obtenir au préalable une ordonnance du tribunal ou de la Commission d’examen.

68

Le pouvoir ainsi délégué doit évidemment être exercé en tenant compte du droit à la liberté du détenu, au regard du double objectif de protection de la sécurité du public et du respect des besoins

69

fine tuning that, if properly exercised, will prevent the “least onerous and least restrictive” requirement from compromising achievement of treatment objectives.

70 The evidence therefore establishes that, while imposition of the “least onerous and least restrictive” requirement on the conditions of detention viewed in their entirety may create difficulty in some situations, the difficulty is manageable and in fact is being managed by Ontario Review Board at the present time.

2. Procedural Considerations

71 The Review Board’s exercise of its mandate is protected by a “reasonableness” standard of review as set out in s. 672.78(1)(a) and *Owen, supra*, at paras. 31-33. An appeal court will necessarily respect the medical expertise of the members of the Review Board who face the difficult task of reconciling the various objectives set out in s. 672.54, some of which may be in tension in a particular case. The various conditions have to be viewed collectively, and the “least onerous and least restrictive” requirement applied to the package as a whole. The court does not evaluate each condition in isolation from the package of provisions of which it forms a part.

72 Thus, in *Owen, supra*, the Court made it clear that so long as the proper legal test is applied, an appellate court has no mandate to intervene based on whether the hours of curfew, or a radius of travel was “least restrictive”, as was the sort of concern expressed in this case by the Ontario Court of Appeal.

73 The Court in *Owen* further stated that “it is not for the Court to micromanage the leave conditions” (para. 69). Thus, so long as the Board’s determination of what is least onerous and least restrictive is supported by reasons, and does not demonstrate

en traitement, mais il accorde une certaine faculté d’ajustement au jour le jour qui, exercée adéquatement, empêchera l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » de compromettre la réalisation des objectifs visés par le traitement.

Par conséquent, la preuve établit que, bien que l’application du critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » aux modalités de détention considérées globalement puisse créer des difficultés dans certaines situations, ces difficultés sont surmontables et, dans les faits, la Commission ontarienne d’examen les surmonte effectivement pour l’instant.

2. Considérations d’ordre procédural

Comme l’indiquent l’al. 672.78(1)a) et l’arrêt *Owen*, précité, par. 31-33, la norme de contrôle applicable aux travaux des commissions d’examen est celle de la « décision raisonnable ». Un tribunal d’appel s’en remettra nécessairement à l’expertise médicale des membres des commissions d’examen, qui ont la difficile tâche de concilier les différents objectifs énoncés à l’art. 672.54, dont certains peuvent s’opposer dans une affaire particulière. Les diverses modalités doivent être considérées collectivement et l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » doit être appliquée au tout que forme cet ensemble de modalités. Le tribunal n’évalue pas chacune de ces modalités isolément de l’ensemble dont elle fait partie.

Voilà pourquoi, dans l’arrêt *Owen*, précité, notre Cour a clairement indiqué que, dans la mesure où le bon critère juridique est appliqué, le tribunal d’appel n’est pas habilité à intervenir pour décider si les conditions fixant les heures de rentrée ou le rayon des déplacements autorisés sont « les moins privatives de liberté », modalités du genre de celles qui préoccupaient la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce.

Dans l’arrêt *Owen*, notre Cour a également affirmé qu’« [i]l n’appartient [...] pas à la Cour de se lancer dans la microgestion de[s] conditions [applicables aux absences] » (par. 69). Par conséquent, dans la mesure où la décision que la

flaws such as an “assumption that had no basis in the evidence” or a “defect . . . in the logical process”, it will be affirmed (*Owen*, at para. 46, citing *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 56). It is hard to see how micromanagement of the conditions attached to a disposition will result, given the “reasonableness” standard of review.

VI. The Constitutional Issue

In light of the resolution of the issue of statutory interpretation, the basis of the appellant’s renewed constitutional challenge disappears. For the reasons given by the Court in *Winko*, s. 672.54 does not infringe s. 7 of the *Charter*.

VII. Application to the Facts

The Oak Ridge facility, where the appellant is detained, is set up to “incapacitate” an NCR accused, not to initiate incremental steps by which he might be reintegrated into the community. As Dr. Brian Jones, an expert for the Crown explained:

A. . . . medium and minimum secure facilities specialize in risk management at the community interface. Their operation is geared towards managing risk during the community reintegration phase of rehabilitation.

Whereas maximum security doesn’t manage risk to the community. It incapacitates risk. So there is no risk to the community.

Q. By not allowing access to the community?

A. That’s right. There’s risk to staff and patients inside the building, and I consider that part of the community as well. But to the community at large we don’t manage risk in maximum security. We incapacitate people.

commission estime la moins sévère et la moins privative de liberté est appuyée de motifs et ne comporte pas de lacunes telle une « hypothèse qui n’avait aucune assise dans la preuve » ou un « défaut [. . .] d[e] raisonnement », elle sera confirmée (*Owen*, par. 46, citant l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56). Il est difficile de voir comment on aboutira à la microgestion des modalités assortissant une décision, compte tenu du fait que la norme de contrôle applicable est celle de la « décision raisonnable ».

VI. La question constitutionnelle

Vu la réponse donnée à la question touchant l’interprétation de la loi, cette nouvelle contestation de la constitutionnalité de l’art. 672.54 présentée par l’appelant n’a plus d’assises. Pour les motifs exposés par notre Cour dans l’arrêt *Winko*, l’art. 672.54 ne contrevient pas à l’art. 7 de la *Charte*.

VII. Application aux faits de l’espèce

L’établissement Oak Ridge, où l’appelant est détenu, est organisé en vue de [TRADUCTION] « rendre incapables de nuire » les accusés non responsables criminellement, et non en vue de leur offrir des mesures progressives de réinsertion dans la collectivité. Le Dr Brian Jones, l’un des experts du ministère public, a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION]

R. . . . les établissements à sécurité moyenne et minimale se spécialisent dans la gestion du risque durant les contacts avec la collectivité. Leurs activités sont axées sur la gestion du risque au cours de la phase de la réhabilitation que constitue la réinsertion sociale.

L’établissement à sécurité maximale pour sa part ne gère pas le risque pour la collectivité. Il neutralise ce risque. Il n’existe donc aucun risque pour la collectivité.

Q. En ne donnant pas accès à la collectivité?

R. C’est exact. Il y a des risques pour le personnel et les patients à l’intérieur de l’établissement, que je considère aussi comme une partie de la collectivité. Mais, dans un établissement à sécurité maximale, nous ne gérons pas le risque envers la collectivité en général. Nous rendons les patients incapables de nuire.

76

On the evidence, it was reasonable for the Review Board, applying as it did the correct legal test, to order the appellant transferred to the Whitby medium security hospital with hospital and grounds privileges, staff accompanied. This disposition not only offered him the potential of substantially greater liberty, but represented an essential step in the appellant's treatment and his potential eventual reintegration into the community.

77

In this case, unlike *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital, supra*, released concurrently, the Board made no error of law. Accordingly, as in *Owen*, the appeal court can only intervene if the decision of the Review Board can be shown to be unreasonable.

78

In my view, on a "reasonableness" standard of review, the Review Board decision should stand.

VIII. Disposition

79

While this Court, by order dated November 7, 2003, allowed the appeal and set aside the decision of the Court of Appeal, it stayed the effect of its order pending an up-to-date assessment of the appellant by the Review Board.

80

The evidentiary record before us is out of date because of the length of time it has taken for the case to reach this Court. The most recent information we have about the appellant's mental condition and other relevant circumstances dates from 2000. Important developments could well have taken place during the period this case has been moving through the courts.

81

The assessment shall be carried out in accordance with the general principles set out in these reasons.

Compte tenu de la preuve, la Commission d'examen ayant appliqué le bon critère juridique, constituait une décision raisonnable son ordonnance enjoignant le transfert de l'appelant à l'hôpital de Whitby — un établissement à sécurité moyenne — et accordant à celui-ci le privilège de circuler dans l'hôpital et sur ses terrains, accompagné toutefois de membres du personnel hospitalier. Cette décision offrait à l'appelant non seulement la possibilité de jouir d'une liberté beaucoup plus grande, mais elle représentait également une étape essentielle de son traitement et de son éventuelle réinsertion dans la collectivité.

Contrairement à la situation en cause dans l'arrêt *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, précité, rendu simultanément, la Commission n'a commis aucune erreur de droit en l'espèce. Par conséquent, tout comme c'était le cas dans l'affaire *Owen*, la cour d'appel n'est fondée à intervenir que si on parvient à établir que la décision de la Commission d'examen est déraisonnable.

À mon avis, il ressort de l'application de la norme de la « décision raisonnable » que la décision de la Commission d'examen doit être confirmée.

VIII. Dispositif

Bien que, dans une ordonnance en date du 7 novembre 2003, notre Cour ait accueilli le pourvoi et annulé l'arrêt de la Cour d'appel, elle a néanmoins suspendu les effets de son ordonnance jusqu'à ce que la Commission d'examen ait réalisé une évaluation à jour de l'appelant.

La preuve au dossier n'est plus à jour en raison du temps qui s'est écoulé avant que la Cour ne soit saisie de l'affaire. Les renseignements les plus récents dont nous disposons sur l'état mental du patient et les autres circonstances pertinentes remontent à l'année 2000. Il est fort possible que des faits nouveaux importants se soient produits dans l'intervalle.

L'évaluation devra être effectuée en conformité avec les principes généraux énoncés dans les présents motifs.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 672.54(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondents the Administrator of the Penetanguishene Mental Health Centre and the Administrator of the Whitby Mental Health Centre: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Toronto.

Solicitors for the interveners the Ontario Review Board and the Nunavut Review Board: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition: Hiltz Szigeti, Toronto.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'alinéa 672.54c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur des intimés le Directeur général du Centre de santé mentale de Penetanguishene et le Directeur général du Centre de santé mentale de Whitby : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice du Canada, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Commission ontarienne d'examen et la Commission d'examen du Nunavut : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs des intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition : Hiltz Szigeti, Toronto.

Michael Roger Pinet Appellant

v.

**Attorney General of Ontario and
Administrator of St. Thomas
Psychiatric Hospital Respondents**

and

**Attorney General of Canada, Ontario
Review Board and Nunavut Review
Board, Mental Health Legal Committee
and Mental Health Legal Advocacy
Coalition Intervenors**

**INDEXED AS: PINET v. ST. THOMAS PSYCHIATRIC
HOSPITAL**

Neutral citation: 2004 SCC 21.

File No.: 29254.

2003: November 5; 2003: November 7.

Reasons delivered: March 26, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by review board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that disposition made by review board must be “the least onerous and least restrictive to the accused” — Whether “least onerous and least restrictive” requirement applies to particular conditions forming part of disposition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

In 1976 the appellant was found not guilty of murder by reason of insanity and was placed under a warrant of the Commissioner of the Northwest Territories. He was then transferred to a maximum security hospital. In 1995, the appellant was transferred to a medium security facility at his request by Review Board order. In June 2000, on the recommendation of the facility, a differently constituted panel of the Review Board ordered that he be sent back to the maximum security unit. Under s. 672.54 of

Michael Roger Pinet Appellant

c.

**Procureur général de l'Ontario et
Directeur général du St. Thomas
Psychiatric Hospital Intimés**

et

**Procureur général du Canada, Commission
ontarienne d'examen et Commission
d'examen du Nunavut, Mental Health
Legal Committee et Mental Health Legal
Advocacy Coalition Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : PINET c. ST. THOMAS PSYCHIATRIC
HOSPITAL**

Référence neutre : 2004 CSC 21.

Nº du greffe : 29254.

2003 : 5 novembre; 2003 : 7 novembre.

Motifs déposés : 26 mars 2004.

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

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

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions des commissions d'examen — Modalités des décisions — Disposition du Code criminel précisant que la décision rendue par la commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l'accusé — Ce critère s'applique-t-il aux modalités particulières faisant partie de la décision? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

En 1976, l'appelant a été déclaré non responsable criminellement d'une accusation de meurtre pour cause de troubles mentaux et placé en détention en vertu d'un mandat du Commissaire des Territoires du Nord-Ouest. Il a alors été transféré dans un hôpital à sécurité maximum. En 1995, l'appelant a, à sa demande, été transféré dans un établissement à sécurité moyenne en vertu d'une ordonnance de la Commission d'examen. En juin 2000, sur recommandation de l'établissement, une formation

the *Criminal Code*, the disposition made by the Review Board must be “the least onerous and least restrictive to the accused”. The Court of Appeal concluded that the “least onerous and least restrictive” test did not apply to conditions imposed under paras. (b) and (c) of s. 672.54 and dismissed the appellant’s appeal.

Held: The appeal should be allowed.

In this appeal, as in the companion case, *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, 2004 SCC 20, the Court is required to consider whether the Ontario Review Board struck an appropriate balance between the twin goals of public safety and the fair treatment of an accused who has been found not criminally responsible (“NCR”) by reason of mental disorder. The principles of fundamental justice require that the liberty interest of such individuals be taken into account at all stages of a Review Board’s consideration. In this process of reconciliation, public safety is paramount. Within the outer boundaries defined by public safety, however, the liberty interest of an NCR accused should be a major preoccupation of the Review Board when it makes its disposition order.

Even where a risk to the public safety is established, the conditions of the disposition order are to be “the least onerous and least restrictive to the accused” consistent with the level of risk posed considering the mental condition of the NCR accused, his or her other needs, and the objective of eventual reintegration into the community. The proposition accepted by the Review Board that NCR detainees who are not at present candidates for community access may, by reason of that fact alone, be detained under conditions of maximum security, even though they do not present a risk to the safety of the public, is clearly not compatible with the “least onerous and least restrictive” requirement of s. 672.54.

In terms of judicial review, the Review Board committed an error of law when it held that the conditions of the appellant’s continued detention were not required by s. 672.54 to be “the least onerous and least restrictive” of the appellant’s liberty after taking into consideration the other factors set out in that section. The Review Board order must therefore be set aside unless the Crown were

différente de la Commission d’examen a ordonné le renvoi de l’appelant à l’établissement à sécurité maximum. Aux termes de l’art. 672.54 du *Code criminel*, la décision rendue par la commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l’accusé. La Cour d’appel a conclu que le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne s’appliquait pas aux modalités imposées en vertu des al. 672.54b et c) et elle a rejeté l’appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Dans le présent pourvoi, ainsi que dans l’affaire connexe *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20, notre Cour est appelée à décider si la Commission ontarienne d’examen a établi un juste équilibre entre le double objectif consistant à protéger la sécurité du public, d’une part, et à répondre aux besoins des accusés déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, d’autre part. Suivant les principes de justice fondamentale, les commissions d’examen doivent, à chacune des étapes de leur examen, tenir compte du droit à la liberté de ces personnes. Dans ce processus de conciliation des deux objectifs, la sécurité du public est l’objectif dominant. Toutefois, aux confins de cette considération, le droit à la liberté d’une personne jugée non responsable criminellement doit constituer une préoccupation fondamentale de la commission d’examen lorsqu’elle prend sa décision.

Même lorsque l’existence d’un risque pour la sécurité du public a été établie, les modalités de l’ordonnance doivent être « l[es] moins sévère[s] et l[es] moins privative[s] de liberté » pour l’accusé eu égard à l’importance de ce risque, compte tenu de l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment son éventuelle réinsertion sociale. La prétention, qu’a acceptée la Commission d’examen, selon laquelle les accusés déclarés non responsables criminellement qui sont jugés inaptes à se rendre dans la collectivité peuvent, pour ce seul motif, être détenus suivant des modalités propres au niveau de sécurité maximum, et ce même s’ils ne représentent pas un risque pour la sécurité du public, est clairement incompatible avec l’obligation prévue à l’art. 672.54, qui requiert que la décision soit « la moins sévère et la moins privative de liberté ».

Du point de vue du contrôle judiciaire, la Commission d’examen a commis une erreur de droit en concluant que l’art. 672.54 n’exigeait pas que les modalités du maintien en détention de l’appelant soient « l[es] moins sévère[s] et l[es] moins privative[s] de liberté », une fois pris en compte les autres facteurs énumérés dans cet article. L’ordonnance de la Commission d’examen

able to discharge its onus of showing that no "substantial wrong" was done (s. 672.78). This would require satisfying the appellate court that a Review Board, acting reasonably, and properly informed of the law, would necessarily have reached the same conclusion absent the legal error. Since this onus has not been satisfied in this case, the appellant is entitled to a re-hearing.

Cases Cited

Applied: *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, 2004 SCC 20, rev'd (2001), 158 C.C.C. (3d) 325; **referred to:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54 [ad. 1991, c. 43, s. 4], 672.78 [*idem*], 672.78(3)(a) [*idem*; am. 1997, c. 18, s. 89].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [2002] O.J. No. 958 (QL), affirming a decision of the Ontario Review Board. Appeal allowed.

Suzan E. Fraser and Richard Macklin, for the appellant.

Riun Shandler, Christine Bartlett-Hughes and Melissa Ragsdale, for the respondent the Attorney General of Ontario.

Janice E. Blackburn, for the respondent the Administrator of St. Thomas Psychiatric Hospital.

James W. Leising and Michael H. Morris, for the intervener the Attorney General of Canada.

Maureen D. Forestell and Sharan K. Basran, for the interveners the Ontario Review Board and the Nunavut Review Board.

Daniel J. Brodsky, Anita Szigeti and Michael Davies, for the intervenants the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition.

doit par conséquent être annulée, à moins que le ministère public ne soit en mesure de démontrer, comme il lui incombe de le faire, qu'aucun « tort important » n'a été causé (art. 672.78). Pour ce faire, il lui faut convaincre la cour d'appel que, n'eût été l'erreur de droit, une commission d'examen bien au fait du droit applicable et agissant raisonnablement serait nécessairement arrivée à la même conclusion. Comme le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau en l'espèce, l'appelant a droit à une nouvelle audience.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20, inf. (2001), 158 C.C.C. (3d) 325; **arrêts mentionnés :** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54 [aj. 1991, ch. 43, art. 4], 672.78 [*idem*], 672.78(3)a) [*idem*; mod. 1997, ch. 18, art. 89].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [2002] O.J. No. 958 (QL), qui a confirmé une décision de la Commission ontarienne d'examen. Pourvoi accueilli.

Suzan E. Fraser et Richard Macklin, pour l'appellant.

Riun Shandler, Christine Bartlett-Hughes et Melissa Ragsdale, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Janice E. Blackburn, pour l'intimé le Directeur général du St. Thomas Psychiatric Hospital.

James W. Leising et Michael H. Morris, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Maureen D. Forestell et Sharan K. Basran, pour les intervenantes la Commission ontarienne d'examen et la Commission d'examen du Nunavut.

Daniel J. Brodsky, Anita Szigeti et Michael Davies, pour les intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this appeal, as in the companion case, *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, 2004 SCC 20 (“*Tulikorpi*”), the Court is required to consider whether the Ontario Review Board struck an appropriate balance between the twin goals of public safety and the needs of an accused who has been found not criminally responsible (“NCR”) by reason of mental disorder.

At the hearing of the appeal, the focus of the argument was on whether the requirement in s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that the disposition order be the “least onerous and least restrictive” of the liberty of the NCR accused, having regard to the factors enumerated in s. 672.54, applied not only to the general disposition of the case (absolute discharge, conditional discharge or detention on conditions), but also to the conditions that form part of that disposition order. The issue of statutory interpretation was not clearly addressed in its reasons, but the Review Board seems to have proceeded on the basis that the conditions merely had to be shown to be “appropriate”. In taking that approach, the Review Board followed the earlier jurisprudence of the Ontario Court of Appeal.

For reasons given in *Tulikorpi*, released concurrently, we hold that the “least onerous and least restrictive” requirement does apply to the disposition order as a whole, including the conditions. There is no need to repeat that analysis here.

In the result, the Review Board applied the wrong legal test to the appellant’s case. However, s. 672.78 of the *Criminal Code* provides that its order may still stand if it can be shown that no “substantial wrong” was committed. Here, however, we cannot

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, ainsi que dans l’affaire connexe *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20 (« *Tulikorpi* »), notre Cour est appelée à décider si la Commission ontarienne d’examen a établi un juste équilibre entre le double objectif consistant à protéger la sécurité du public, d’une part, et à répondre aux besoins des accusés déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, d’autre part.¹

À l’audition du pourvoi, l’argumentation a porté principalement sur la question de savoir si l’obligation faite au tribunal et aux commissions d’examen par l’art. 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à savoir rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l’accusé jugé non responsable criminellement, compte tenu des facteurs énumérés à l’art. 672.54, s’applique non seulement au dispositif général de l’instance (libération inconditionnelle, libération assortie de conditions ou détention sous réserve de certaines modalités), mais aussi aux modalités fixées dans la décision. La Commission d’examen n’a pas clairement abordé cette question d’interprétation législative dans ses motifs, mais paraît plutôt avoir considéré qu’il suffisait simplement d’établir que les modalités sont « indiquées ». En adoptant ce point de vue, la Commission d’examen a suivi la jurisprudence de la Cour d’appel de l’Ontario.²

Pour les motifs exposés dans l’arrêt *Tulikorpi*, rendu simultanément, nous estimons que l’obligation de rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » s’applique effectivement à l’ensemble de la décision, y compris les modalités dont elle est assortie. Il n’est pas nécessaire de reprendre cette analyse en l’espèce.³

La Commission d’examen n’a donc pas appliqué le bon critère juridique pour décider du sort de l’appelant. Toutefois, l’art. 672.78 du *Code criminel* dispose que sa décision peut néanmoins être maintenue s’il est établi qu’aucun « tort important » n’a été

say that, if the Review Board had acted reasonably on the correct legal test, the result would necessarily have been the same.

- 5 Accordingly, by order dated November 7, 2003, we directed a rehearing. The reasons for that decision are as follows.

I. Facts

- 6 The appellant was tried for murdering four members of his wife's family in Yellowknife, N.W.T. On December 9, 1976, he was found not guilty by reason of insanity and was placed under a warrant of the Commissioner of the Northwest Territories. He was then transferred to the maximum security Oak Ridge Division of the Mental Health Centre in Penetanguishene, Ontario. He has been detained in mental hospitals for the past 27 years.

- 7 The appellant, who is now 50 years old, has been diagnosed as having a mixed personality disorder with characteristics of anti-social, borderline and narcissistic traits, possibly sadistic paraphilia, and a history of drug and alcohol abuse.

- 8 On January 30, 1984, he was transferred to a medium security facility at the St. Thomas Psychiatric Hospital in St. Thomas, Ontario. While there, he had a sexual relationship with a member of the staff. When the relationship ended, the appellant's mental stability deteriorated. He was depressed, and suicidal. There was evidence that he contemplated taking hostages. On October 2, 1985, the appellant was returned to the maximum security facility at Oak Ridge.

- 9 In 1995, the appellant requested to be transferred to a medium security facility. Over the objections of St. Thomas Psychiatric Hospital, he was returned to that facility by Review Board order dated June 23, 1995. The hospital believes that the appellant's

causé. En l'espèce, cependant, il nous est impossible d'affirmer que le résultat aurait nécessairement été le même si la Commission d'examen avait appliqué le bon critère et agi raisonnablement.

En conséquence, dans une ordonnance datée du 7 novembre 2003, nous avons ordonné la tenue d'une nouvelle audience. Voici les motifs justifiant cette ordonnance.

I. Les faits

L'appelant a été jugé à Yellowknife, dans les Territoires du Nord-Ouest, pour le meurtre de quatre membres de la famille de son épouse. Le 9 décembre 1976, il a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et placé en détention en vertu d'un mandat du Commissaire des Territoires du Nord-Ouest. Il a ensuite été transféré au Centre de santé mentale de Penetanguishene en Ontario, à la division à sécurité maximum de Oak Ridge. Au cours des 27 dernières années, il a été détenu dans différents hôpitaux psychiatriques.

On a diagnostiqué chez l'appelant, qui est aujourd'hui âgé de 50 ans, un trouble mixte de la personnalité comportant des traits antisociaux, limites (« *borderline* ») et narcissiques, ainsi qu'une possible paraphilie sadique. L'appelant possède également des antécédents de consommation abusive de drogues et d'alcool.

Le 30 janvier 1984, il a été transféré à un établissement à sécurité moyenne situé à St. Thomas en Ontario, le St. Thomas Psychiatric Hospital. Pendant son séjour à cet endroit, il a eu une liaison amoureuse avec un membre du personnel. Lorsque cette liaison a pris fin, son état mental s'est détérioré. Il était déprimé et suicidaire. Selon certains éléments de preuve, il a envisagé de prendre des personnes en otages. Le 2 octobre 1985, l'appelant a été renvoyé à l'établissement à sécurité maximum de Oak Ridge.

En 1995, l'appelant a demandé son transfert à un établissement à sécurité moyenne. Malgré l'opposition de l'hôpital, l'appelant a réintégré le St. Thomas Psychiatric Hospital en vertu d'une ordonnance de la Commission d'examen datée du 23 juin

subsequent conduct justified its opposition to his 1995 transfer. On June 30, 2000, on the recommendation of St. Thomas Psychiatric Hospital, a differently constituted panel of the Review Board ordered that the appellant be sent back to the maximum security unit of the Oak Ridge Division of the Penetanguishene Mental Health Centre. The appropriateness of that disposition is at issue in this appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

672.54 [Dispositions that may be made] Where a court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

(a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

672.78 (1) [Powers of court of appeal] The court of appeal may allow an appeal against a disposition or placement decision and set aside an order made by the court or Review Board, where the court of appeal is of the opinion that

(a) it is unreasonable or cannot be supported by the evidence;

(b) it is based on a wrong decision on a question of law; or

(c) there was a miscarriage of justice.

(2) The court of appeal may dismiss an appeal against a disposition or placement decision where the court is of the opinion

1995. Compte tenu du comportement subséquent de l'appelant, l'hôpital estime avoir été justifié de s'opposer au transfert de ce dernier en 1995. Le 30 juin 2000, sur la recommandation de l'hôpital, une formation différente de la Commission d'examen a ordonné le renvoi de l'appelant au Centre de santé mentale de Penetanguishene à la division à sécurité maximum de Oak Ridge. Le caractère indiqué de cette décision est en litige dans le présent pourvoi.

II. Les dispositions législatives applicables

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

10

672.54 [Décisions] Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale :

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

672.78 (1) [Pouvoirs de la cour d'appel] La cour d'appel peut accueillir l'appel interjeté à l'égard d'une décision ou d'une ordonnance de placement et annuler toute ordonnance rendue par le tribunal ou la commission d'examen si elle est d'avis que, selon le cas :

a) la décision ou l'ordonnance est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;

b) il s'agit d'une erreur de droit;

c) il y a eu erreur judiciaire.

(2) La cour d'appel peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(a) that paragraphs (1)(a), (b) and (c) do not apply; or

(b) that paragraph (1)(b) may apply, but the court finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

(3) Where the court of appeal allows an appeal against a disposition or placement decision, it may

(a) make any disposition under section 672.54 or any placement decision that the Review Board could have made;

(b) refer the matter back to the court or Review Board for rehearing, in whole or in part, in accordance with any directions that the court of appeal considers appropriate; or

(c) make any other order that justice requires. [Emphasis added.]

a) les alinéas (1)a), b) et c) ne s'appliquent pas;

b) l'alinéa (1)b) peut s'appliquer, mais elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s'est produit.

(3) La cour d'appel, si elle accueille l'appel, peut :

a) rendre la décision en vertu de l'article 672.54 ou l'ordonnance de placement que la commission d'examen aurait pu rendre;

b) renvoyer l'affaire au tribunal ou à la commission d'examen pour une nouvelle audition, complète ou partielle, en conformité avec les instructions qu'elle lui donne;

c) rendre toute autre ordonnance que la justice exige. [Je souligne.]

III. History of the Proceedings

A. *Ontario Review Board*

11 The Review Board ordered the appellant returned to the maximum security hospital at Oak Ridge on the basis of factors that it felt required the appellant to be in a more structured environment. The Review Board stated:

The Board finds that a medium secure milieu is no longer appropriate for [the appellant]. The live issues are those of risk and trust. Secondly, but also important is the availability of programming, which by the nature of maximum security will be more accessible to [the appellant] in Oak Ridge. Ms. Fraser, on behalf of her client, submitted that the submissions of the other parties amount to "writing off" [the appellant]. The Board is of the view, that this is not the case, given [the appellant's] proven ability in the past, to progress in areas of education, behaviour and participate appropriately in programming and activities, that he could again form a more positive therapeutic alliance with those charged with the responsibility of caring for him. The Board has found that this can be best accomplished in a maximum secure facility, with a maximum amount of structure and attention paid to the challenges which he presents.

III. L'historique des procédures

A. *Commission ontarienne d'examen*

La Commission d'examen a ordonné le renvoi de l'appellant à la division à sécurité maximum de Oak Ridge sur la base de facteurs qui, selon elle, exigeaient que l'appellant reste dans un environnement plus structuré. La Commission a dit ceci :

[TRADUCTION] La Commission est d'avis qu'un milieu à sécurité moyenne n'est plus indiqué pour [l'appellant]. Les principales considérations sont le risque et la confiance. Sans être une considération dominante, l'existence de programmes est également une considération importante et, de par la nature même des établissements à sécurité maximum, [l'appellant] profitera d'un meilleur accès à des programmes à Oak Ridge. Au nom de son client, M^{me} Fraser a soutenu que les observations des autres parties équivalaient à considérer [l'appellant] « irrécupérable ». La Commission estime que ce n'est pas le cas et que, vu la capacité qu'a démontrée [l'appellant] par le passé à progresser sur les plans de l'éducation et du comportement et à participer convenablement à des programmes et à des activités, il pourrait à nouveau conclure une alliance thérapeutique plus positive avec les personnes appelées à prendre soin de lui. La Commission estime qu'un établissement à sécurité maximum où tout est très structuré et où on accorde une attention considérable aux difficultés que présente l'appellant est l'endroit permettant le mieux d'atteindre ce résultat.

12 The Board found that although the appellant could be managed within a medium secure environment,

La Commission a conclu que, bien que l'appellant puisse être pris en charge dans un environnement à

this was not the most suitable setting for him because of better programming opportunities at Oak Ridge, given that the appellant's off-ward activities at St. Thomas have been terminated.

The Review Board further ordered that St. Thomas permit the appellant to be transferred for a psychosexual assessment.

B. *Court of Appeal*, [2002] O.J. No. 958 (QL)

A unanimous Court of Appeal for Ontario dismissed the appellant's appeal from the bench. The court stated, at para. 7:

In Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General) (2001), 158 C.C.C. (3d) 325 at 333-337 this court held that the judgment of the Supreme Court of Canada in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)* [[1999] 2 S.C.R. 625] did not alter this court's decision in *Pinet v. Ontario* (1995), 100 C.C.C. (3d) 343 to the effect that "the least onerous, least restrictive" test does not apply to conditions imposed under clauses (b) and (c) of s. 672.54. [Emphasis added.]

The court concluded that the Board's decision could reasonably be supported by the evidence and that the Board took the proper considerations into account when reaching its decision.

The Court of Appeal declined to accept the fresh evidence offered by the appellant regarding changes in his condition. In the court's view, the proposed evidence did not meet the applicable admissibility conditions and was more properly admissible in the appellant's next review by the Review Board. No appeal is taken from that aspect of the Court of Appeal's decision.

IV. Constitutional Questions

By order dated March 18, 2003, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

sécurité moyenne, ce n'est pas l'endroit idéal pour lui étant donné qu'il profite d'un meilleur accès à des programmes à Oak Ridge et qu'il ne peut plus participer, à St. Thomas, à des activités à l'extérieur du service où il était gardé.

La Commission d'examen a également ordonné que St. Thomas autorise le transfert de l'appelant pour qu'il fasse l'objet d'une évaluation psychosexuelle.

B. *Cour d'appel*, [2002] O.J. No. 958 (QL)

Les juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont, dans une décision rendue séance tenante, unanimement rejeté le pourvoi de l'appelant. La Cour a dit ceci, au par. 7 :

[TRADUCTION] Dans *Penetanguishene Mental Health Centre c. Ontario (Attorney General)* (2001), 158 C.C.C. (3d) 325, aux p. 333 à 337, notre cour a conclu que larrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)* [[1999] 2 R.C.S. 625] de la Cour suprême du Canada ne changeait rien à sa conclusion, dans *Pinet c. Ontario* (1995), 100 C.C.C. (3d) 343, selon laquelle le critère de la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » ne s'applique pas aux modalités imposées en vertu des alinéas b) et c) de l'art. 672.54. [Je souligne.]

La Cour d'appel a jugé que la décision de la Commission était raisonnablement étayée par la preuve et que la Commission avait tenu compte des facteurs pertinents en rendant sa décision.

La Cour d'appel a refusé d'entendre la preuve nouvelle que proposait de présenter l'appelant au sujet de la modification de son état. Selon elle, cette preuve ne satisfaisait pas aux conditions de recevabilité applicables et devait plutôt être présentée à la Commission, à l'occasion du prochain examen par celle-ci du dossier de l'appelant. Ce dernier ne se pourvoit pas contre cet aspect de la décision de la Cour d'appel.

IV. Les questions constitutionnelles

Dans une ordonnance datée du 18 mars 2003, la Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Does s. 672.54(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

18 The parties were subsequently granted leave to file additional evidence of legislative fact in relation to the constitutional questions. This was done.

V. Analysis

19 The principles of fundamental justice require that the liberty interest of individuals, like the appellant, who have been found not criminally responsible ("NCR") for a criminal offence on account of mental disorder be taken into account at all stages of a Review Board's consideration. The objective is to reconcile the twin goals of public safety and treatment. In this process of reconciliation, public safety is paramount. However, within the outer boundaries defined by public safety, the liberty interest of an NCR accused should be a major preoccupation of the Review Board when, taking into consideration public safety, the mental condition and other needs of the individual concerned, and his or her potential reintegration into society, it makes its disposition order.

20 Thus, the Court, in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, interpreted s. 672.54 of the *Criminal Code* to require that persons found NCR be granted an absolute discharge unless the court or a review board is able to conclude that the individual poses a significant risk to the safety of the public. Having thus construed the intention of Parliament, the Court rejected the challenge to the constitutional validity of Part XX.1 of the *Criminal Code* brought under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is because the appellant claims that his liberty interests were given short shrift by the

1. L'alinéa 672.54c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les parties ont par la suite obtenu l'autorisation de déposer, relativement aux questions constitutionnelles, des éléments de preuve additionnels sur des faits législatifs. Ces éléments ont été produits.

V. L'analyse

Suivant les principes de justice fondamentale, les commissions d'examen doivent, à chacune des étapes de leur examen, tenir compte du droit à la liberté des personnes qui, comme l'appelant, ont été reconnues non responsables criminellement d'une infraction criminelle pour cause de troubles mentaux. Cette démarche vise à concilier les deux objectifs que sont la sécurité du public et le traitement de l'intéressé. Dans ce processus de conciliation, la sécurité du public est l'objectif dominant. Toutefois, aux confins de cette considération, le droit à la liberté d'une personne jugée non responsable criminellement doit constituer une préoccupation fondamentale de la commission d'examen lorsqu'elle prend sa décision au regard de la sécurité du public, de l'état mental de l'individu en cause et de ses besoins, notamment sa réinsertion sociale éventuelle.

Dans l'arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, notre Cour a considéré que l'art. 672.54 du *Code criminel* requérait que les personnes jugées non responsables criminellement se voient accorder une libération inconditionnelle, à moins que le tribunal ou la commission d'examen ne soit en mesure de conclure que l'intéressé représente un risque important pour la sécurité du public. Après avoir déterminé que telle était l'intention du législateur, la Cour a rejeté l'argument d'inconstitutionnalité de la partie XX.1 du *Code criminel* présenté sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

conditions of detention considered appropriate by the Review Board in this case that the s. 7 *Charter* challenge has been revived.

As stated in *Tulikorpi*, *supra*, released concurrently, the Court holds that, even where a risk to the public safety is established, the conditions of the disposition order are to be “the least onerous and least restrictive to the accused” consistent with the level of risk posed considering the mental condition of the NCR accused, the objective of eventual reintegration into the community and his or her other needs.

In *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33, the Court acknowledged the expertise of the members appointed to Review Boards, and established that their views of how best to manage the risks posed by a particular NCR accused should not be interfered with so long as the conditions of detention lie within a range of reasonable judgment.

The present appeal requires the application of the general principles affirmed in these cases, but with a new twist. Unlike *Owen*, the Review Board’s decision here proceeded on the basis of an error of law. Unlike *Tulikorpi*, the Review Board here did not accept that the conditions of the appellant’s continued detention were required by s. 672.54 of the *Criminal Code* to be “the least onerous and least restrictive” of the appellant’s liberty after taking into consideration the other factors set out in that section. The Review Board used its expertise, therefore, to structure a disposition order that rested on a faulty legal foundation.

A. Standard of Review

Parliament has spelled out in s. 672.78 of the *Criminal Code* the precise standard of appellate review, namely that the court may set aside an order

et libertés. En l’espèce, c’est l’argument de l’appellant voulant que la Commission d’examen n’ait tenu aucun compte de son droit à la liberté en arrêtant les modalités de sa détention qui relance le débat concernant la constitutionnalité du régime au regard de l’art. 7 de la *Charte*.

Tout comme elle l’affirme dans l’arrêt *Tulikorpi*, précité, rendu simultanément, notre Cour estime que, même lorsque l’existence d’un risque pour la sécurité du public a été établi, les modalités de l’ordonnance doivent être « l[es] moins sévère[s] et l[es] moins privative[s] de liberté » pour l’accusé eu égard à l’importance de ce risque, compte tenu de l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment son éventuelle réinsertion sociale.

Dans *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33, la Cour a reconnu l’expertise des membres des commissions d’examen et a jugé qu’il n’y avait pas lieu de modifier leurs conclusions sur le choix des mesures les plus appropriées de gestion du risque que constitue un accusé non responsable criminellement, à condition que les modalités de la détention puissent être tenues pour raisonnables.

Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à appliquer les principes généraux énoncés dans ces affaires, mais à la lumière d’une nouvelle variante. À la différence de l’affaire *Owen*, la décision rendue par la Commission d’examen en l’espèce est entachée d’une erreur de droit. Et, contrairement à l’affaire *Tulikorpi*, la Commission d’examen n’a pas reconnu que les modalités du maintien en détention de l’appellant devaient, conformément à l’art. 672.54 du *Code criminel*, être « l[es] moins sévère[s] et l[es] moins privative[s] de liberté », une fois pris en compte les autres facteurs énumérés dans cet article. La Commission d’examen a en conséquence fait appel à son expertise et conçu une ordonnance reposant sur des assises juridiques défectueuses.

A. La norme de contrôle

Le législateur a expressément énoncé, à l’art. 672.78 du *Code criminel*, la norme de contrôle applicable en appel, précisant que la cour ne peut

21

22

23

24

of the Review Board only where it is of the opinion that:

- (a) the decision is unreasonable or cannot be supported by the evidence; or,
- (b) the decision is based on a wrong decision on a question of law (unless no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred); or,
- (c) there was a miscarriage of justice.

25 *Owen, supra*, was decided under the first branch of this power of appellate review. The present case engages the second branch. Given that the Review Board disposition order was based on a wrong decision on a question of law, as decided in *Tulikorpi*, can it be said that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred? A miscarriage of justice is itself a “substantial wrong” of course, but not all “substantial wrongs” rise to the level of a miscarriage of justice. Effectively, therefore, an error of law having been established by the appellant, the onus shifts to the respondent Crown to attempt to salvage the Review Board order on the basis that no “substantial wrong” was done.

26 In my view, for the reasons that follow, the Crown did not discharge this onus. Indeed, the reasons of the Review Board in this case afford an example of the difficulties encountered if the “appropriateness” of the disposition order is not anchored in the liberty interest of the NCR accused when applying the four factors specified in s. 672.54, namely the safety of the public, the mental condition of the NCR accused, his “other needs”, and his potential reintegration into society.

27 The job of the appellate court is not to reweigh the evidence, nor to substitute our views for those of the Review Board. We accept the findings of the Review Board with regard to the appellant and other relevant circumstances, which are supported by the

annuler une ordonnance de la commission d'examen que si elle est d'avis que, selon le cas :

- a) la décision est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;
- b) il s'agit d'une erreur de droit (sauf si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s'est produit);
- c) il y a eu erreur judiciaire.

L'arrêt *Owen*, précité, a été décidé sur le fondement du premier volet de ce pouvoir de révision. Dans la présente affaire, c'est le deuxième volet qui est en jeu. Compte tenu de la conclusion tirée dans l'arrêt *Tulikorpi*, comme la décision de la Commission d'examen découlait d'une erreur de celle-ci sur une question de droit, est-il possible d'affirmer qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s'est produit? Une erreur judiciaire constitue évidemment en soi un « tort important », mais la réciproque n'est pas toujours vraie. Par conséquent, comme l'appelant a effectivement établi l'existence d'une erreur de droit, il appartient alors au ministère public intimé de tenter de sauvegarder la validité de l'ordonnance de la Commission d'examen en prouvant qu'aucun « tort important » n'a été causé.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le ministère public ne s'est pas acquitté de cette charge. De fait, les motifs exposés par la Commission d'examen en l'espèce constituent un bon exemple des difficultés qui surgissent si le « caractère indiqué » de son ordonnance n'est pas solidement ancré dans le droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement lorsque le décideur applique les quatre facteurs précisés à l'art. 672.54, soit la sécurité du public, l'état mental de l'accusé et ses « besoins », notamment la nécessité de sa réinsertion sociale.

La cour d'appel n'a pas pour tâche de réévaluer la preuve ni de substituer son opinion à celle de la Commission d'examen. Nous faisons nôtre les conclusions de la Commission concernant l'appellant et certains autres faits pertinents, lorsque ces

evidence. The problem is that the result was skewed by the Review Board's error of law.

In my view, the reference to no "substantial wrong" in s. 672.78 requires the party seeking to uphold the order (here it is the Crown) to satisfy the appellate court that a Review Board, acting reasonably, and properly informed of the law, would necessarily have reached the same conclusion absent the legal error.

Neither the respondent Crown nor the respondent Administrator of St. Thomas Psychiatric Hospital has satisfied this onus. That being the case, we cannot say that no substantial wrong was done. The appellant is therefore entitled to a re-hearing.

B. *Significant Threat to the Safety of the Public*

Much of the Review Board's decision is not controversial. After considering the evidence, the Review Board quickly concluded that the appellant was a continuing and significant threat to the safety of the public. His reintegration into the community could not be contemplated in the near term. He was therefore not a suitable candidate for an absolute discharge or a conditional release. Accordingly, his continued detention in hospital is required, and the task remaining for the Review Board was to craft "appropriate" conditions of that detention.

C. *The Review Board Found That Detention in a Maximum Security Hospital Was Not Required for Public Safety*

The appellant has been incarcerated in various mental hospitals in Ontario for more than 27 years. The Review Board noted at the outset that he has exhibited no signs of violence since 1987, is not an escape risk, and presents a danger neither to himself nor others. He is not psychotic. Further, the Review Board at the outset acknowledged that

conclusions sont étayées par la preuve. Le problème en l'espèce est que le résultat a été faussé par l'erreur de droit de la Commission d'examen.

À mon sens, la condition requérant qu'aucun « tort important » ne se soit produit — condition prévue à l'art. 672.78 — oblige la partie sollicitant la confirmation de l'ordonnance (en l'occurrence le ministère public) à convaincre la cour d'appel que, n'eût été l'erreur de droit, une commission d'examen bien au fait du droit applicable et agissant raisonnablement serait nécessairement arrivée à la même conclusion.

Ni le ministère public intimé ni le directeur général du St. Thomas Psychiatric Hospital intimé n'ont satisfait à cette exigence. Il nous est donc impossible d'affirmer qu'aucun tort important ne s'est produit. L'appelant a en conséquence droit à une nouvelle audience.

B. *Risque important pour la sécurité du public*

Une large part de la décision de la Commission d'examen ne suscite aucune controverse. Après analyse de la preuve, la Commission a rapidement conclu que l'appelant représentait un risque permanent et important pour la sécurité du public. Sa réinsertion sociale ne pouvait être envisagée à court terme. Il était donc exclu de le libérer inconditionnellement ou à certaines conditions. Son maintien en détention dans un hôpital étant par conséquent requis, la Commission d'examen n'avait plus qu'à arrêter les modalités « indiquées » à cet égard.

C. *Conclusion de la Commission d'examen selon laquelle la sécurité du public n'exigeait pas la détention de l'appelant dans un hôpital à sécurité maximum*

L'appelant est détenu dans des hôpitaux psychiatriques de l'Ontario depuis plus de 27 années. La Commission d'examen a dès le départ souligné que l'appelant ne s'est pas montré violent depuis 1987, qu'il n'y a pas de risque qu'il prenne le large et qu'il ne constitue un danger ni pour lui-même ni pour autrui. Il n'est pas psychotique. En outre, la

28

29

30

31

maximum security is not “the only level of security capable of containing” the appellant. Nevertheless, this result is, in their view, dictated by “other factors”:

Although [the appellant] has not been overtly violent, by way of being assaultive and he has not shown that he is an elopement risk, such that maximum security is the only level of security capable of containing him, there are other factors which the Board feels are equally important in his case which necessitate his return to the structure offered within maximum security. [Emphasis added.]

- 32 These “other factors” ought to have been put into the balance against the liberty interest of the appellant to determine whether the package of conditions, taken in their entirety, could reasonably be regarded as the “least onerous and least restrictive” conditions of detention appropriate in the circumstances.
- 33 The Review Board took a different approach. In its view, the purpose of a medium or minimum security hospital is to assist the reintegration of an NCR accused into the community. Reintegration requires a certain level of confidence and trust between the hospital and the NCR accused. In the case of the appellant, trust was not present. Therefore the appellant was not a candidate for reintegration. As such, it was “appropriate” to accept the recommendation of the Administrator of the St. Thomas medium security hospital to return the appellant to the Oak Ridge maximum security hospital.
- 34 The premise of this argument is that the unique role of a medium security hospital is to function as a sort of extended halfway house in the “cascade” between maximum security and reintegration of an NCR accused into the community. Such an approach excludes from consideration any lesser liberty interest of the NCR accused. As Dr. John Bradford, currently Clinical Director of the Integrated Forensic Program at the Royal Ottawa Health Care Group, testified in the supplementary evidence on the constitutional question, “[e]ven

Commission a d’entrée de jeu reconnu que la sécurité maximum n’est pas [TRADUCTION] « le seul niveau de sécurité permettant de contenir » l’appellant. Néanmoins, elle a estimé que le recours à ce niveau de sécurité est dicté par [TRADUCTION] « d’autres facteurs » :

[TRADUCTION] Bien que [l’appelant] ne soit pas montré carrément violent, en agressant autrui, et n’ait pas donné lieu de craindre qu’il s’esquive, comportements qui auraient fait de la sécurité maximum le seul niveau de sécurité susceptible de le contenir, d’autres facteurs que la Commission juge tout aussi importants commandent son retour dans l’environnement structuré d’une unité à sécurité maximale. [Je souligne.]

Ces « autres facteurs » auraient dû être mis en balance avec le droit à la liberté de l’appelant pour décider si, prises globalement, les diverses modalités assortissant la détention pouvaient raisonnablement être considérées comme les modalités indiquées « l[es] moins sévère[s] et l[es] moins privative[s] de liberté » dans les circonstances.

La Commission d’examen a abordé la question sous un autre angle. Selon elle, la détention dans un établissement à sécurité moyenne ou minimum vise à favoriser la réinsertion sociale de l’accusé déclaré non responsable criminellement. La réinsertion sociale requiert l’existence d’un certain degré de confiance entre l’hôpital et le détenu. Dans le cas de l’appelant, cette confiance n’existait pas et il n’était donc pas un candidat à la réinsertion sociale. Par conséquent, il était « indiqué » d’accepter la recommandation du directeur général du St. Thomas Psychiatric Hospital, établissement à sécurité moyenne, de renvoyer l’appelant à l’établissement à sécurité maximum de Oak Ridge.

La prémissse de cet argument est qu’un hôpital psychiatrique à sécurité moyenne joue un rôle particulier et se veut une sorte de grande maison de transition au sein de la « cascade » d’étapes allant de la détention d’un accusé déclaré non responsable criminellement dans un établissement à sécurité maximum jusqu’à sa réinsertion dans la société. Une telle approche ne tient pas compte du moindre droit à la liberté dont peut jouir l’accusé. Comme l’a dit le Dr John Bradford, directeur clinique du programme intégré de médecine légale des Services de santé

if an NCR accused's progress appears slow, and requires a long term of detention in a medium security facility, that fact alone is not a basis to transfer the patient to a maximum security facility, where incremental increases in liberty are not possible."

D. *Factors Found by the Review Board to Favour the Appellant's Return to Maximum Security*

In the order of priority listed by the Review Board, the "other factors . . . equally important" in justifying the return of the appellant to maximum security were:

(i) The Appellant's Credibility Problem

- "[He] was seen handling another patient's pants and was believed to have taken [\$20.00] from the patient. He admitted taking the money at first, but later retracted his admission."

"In April of 1998, [he] brought a screwdriver on the ward from the workshop at the Vocational Centre. When he produced the screwdriver, he said that he had forgotten to remove it before coming back to the ward."

"A lighter belonging to a staff member went missing after it was left in the smoke room. [The appellant] claimed to have found the missing lighter in a toilet paper dispenser."

- He acknowledged that he "manufactured or overdramatized" some of the allegations he had made about a sexual relationship with one of his nurses.
- The appellant purchased a computer and, when told it would have to be inspected, became angry and ordered it returned. Later he said he had returned it because he thought it was unsatisfactory.

Royal Ottawa, dans un témoignage faisant partie de la preuve additionnelle produite à l'égard de la question constitutionnelle, [TRADUCTION] « [m]ême lorsque l'amélioration d'un accusé déclaré non responsable criminellement paraît lente et requiert une longue période de détention dans un établissement à sécurité moyenne, ce fait ne justifie pas à lui seul le transfert du patient dans un établissement à sécurité maximum, où il est impossible d'accroître progressivement le degré de liberté accordé. »

D. *Facteurs considérés par la Commission d'examen comme favorables au transfert de l'appelant dans un établissement à sécurité maximum*

Suivant l'ordre de priorité établi par la Commission d'examen, voici les [TRADUCTION] « autres facteurs [...] tout aussi importants » invoqués pour justifier le renvoi de l'appelant dans un hôpital psychiatrique à sécurité maximum :

(i) Le problème de crédibilité de l'appelant

- [TRADUCTION] « [Il] a été vu en train de manipuler le pantalon d'un autre patient et il se serait emparé de [20 \$] appartenant à ce patient. Il a d'abord avoué avoir subtilisé cette somme, puis il a retiré cet aveu. »

« En avril 1998, [il] a rapporté dans le service où il était détenu un tournevis de l'atelier du centre de formation professionnelle. Lorsqu'il a exhibé l'outil, il a dit avoir oublié de s'en départir avant de revenir dans le service. »

« Un briquet appartenant à un membre du personnel a disparu après avoir été laissé dans le fumoir. [L'appelant] a prétendu l'avoir trouvé dans un distributeur de papier hygiénique. »

- Il a reconnu avoir [TRADUCTION] « inventé ou exagéré » certaines allégations concernant sa liaison amoureuse avec une de ses infirmières.
- L'appelant a acheté un ordinateur et, lorsqu'on lui a dit que celui-ci devrait être inspecté, il s'est mis en colère et a exigé qu'on le retourne. Par la suite, il a affirmé qu'il l'avait retourné parce qu'il n'en était pas satisfait.

36 The Review Board noted that the screwdriver and the lighter (together with a small knife thrown by the appellant onto the hospital roof and some pills “found” by the appellant on other occasions) were objects that “could be dangerous or unsafe”. The Review Board does not actually make a finding that the appellant lied about any of these incidents (except a few matters admitted by the appellant himself, discussed below) which the Review Board acknowledged “may seem petty and minor” when viewed in isolation. It was the series of incidents taken collectively that concerned the Review Board.

37 The Review Board had the advantage of hearing the witnesses, including the appellant, and we accept its finding that the appellant is not a credible person.

(ii) The Appellant’s History of Involvement with Female Staff

38 The appellant seems to have had complex romantic involvements (or fantasies) involving female staff members for the past 20 years, listed by the Review Board as including:

- receiving visits and correspondence from the female employee of the St. Thomas Psychiatric Hospital from 1985-1989;
- becoming emotionally involved with a female recreationist, with [the appellant] reporting sexual fantasies and sharing of sexual thoughts (1989);
- becoming “sexually infatuated” with a female senior clinician, and relenting after clear limits were set on their relationship;
- from 1992-1993 starting an “intense and covertly sexual relationship with a female employee”;
- in 1992, declaring his love for a nurse assigned to him, and subsequently, befriending the husband of the nurse, who “has remained supportive to him until this time”.

39 It is common ground that this sexual misconduct, if it occurred, was consensual.

La Commission d’examen a fait observer que le tournevis et le briquet (de même qu’un petit couteau lancé par l’appelant sur le toit de l’hôpital et certains comprimés que l’appelant avait « trouvés » à d’autres occasions) étaient des objets [TRADUCTION] « susceptibles d’être dangereux ou de présenter un risque ». La Commission d’examen n’a pas expressément conclu que l’appelant avait menti au sujet de ces incidents (si ce n’est sur certains points que l’appelant a lui-même admis et dont il est question plus loin) qui, le reconnaît la Commission, [TRADUCTION] « peuvent sembler insignifiants et mineurs » considérés isolément. C’est l’ensemble de ces incidents, considérés globalement, qui préoccupait la Commission.

La Commission d’examen a eu l’avantage d’entendre les témoins, y compris l’appelant, et nous acceptons sa conclusion que l’appelant n’est pas une personne digne de foi.

(ii) Les relations de l’appelant avec le personnel féminin

Au cours des 20 dernières années, l’appelant semble avoir entretenu avec certaines employées des relations amoureuses complexes (réelles ou imaginaires), dont la Commission a dressé la liste suivante :

[TRADUCTION]

- a reçu des visites et des lettres de l’employée du St. Thomas Psychiatric Hospital, de 1985 à 1989;
- s’est lié émotionnellement avec une animatrice en loisirs, [l’appelant] faisant état de fantaisies sexuelles et partageant des pensées sexuelles (1989);
- s’est « entiché sexuellement » d’une chef clinicienne, puis s’est fait une raison après que les limites de la relation eurent été clairement définies;
- a eu, en 1992 et 1993, une « liaison intense et clandestinement sexuelle avec une employée »;
- en 1992, a déclaré son amour à une infirmière chargée de s’occuper de lui, puis s’est lié d’amitié avec l’époux de cette dernière, qui « a continué de l’appuyer jusqu’à ce jour ».

Les parties reconnaissent que cette inconduite sexuelle, si elle a eu lieu, était consensuelle.

The principal witness for St. Thomas Psychiatric Hospital in these matters was Dr. William Komer, who acknowledged that any intimate relationships, if established, would be contrary to the professional duties of the female caregivers. It is the appellant, after all, who is the person suffering from the mental disorder.

(iii) The Appellant's Manipulative Behaviour Towards Mr. and Mrs. Blackwell

Between 1992 and 1997, the appellant was befriended by one of his primary caregivers, a nurse, and subsequently by her husband. The nurse developed what the College of Nurses described as a ““mothering” relationship” towards the appellant which the hospital wished to discourage. In its view, professional relationships had been blurred. Her husband, recently retired, stepped into the gap and spent hundreds of hours with the appellant, at times visiting him on several occasions a week and taking him on outings, sometimes accompanied by his wife. These included such activities as a trip to Port Stanley, where the appellant went swimming; a steak dinner at a restaurant in St. Thomas; a trip to see some animals on a hiking trail; a visit to a park, where the appellant fished; a visit to a winery and a drive to look at old houses.

The couple, who discussed the possibility of adopting the appellant, voluntarily set aside about \$7,000 for his education. Eventually, the friendship soured in part because the Blackwells concluded that the appellant’s “progress had stopped, [evidenced by] his withdrawal from patient council, in resuming smoking, in becoming involved with a copatient and . . . [in] not holding up his end of the bargain”.

The appellant subsequently alleged in a letter to the Blackwells that he and Mrs. Blackwell had conducted an inappropriate sexual relationship which he threatened to report to the College of Nurses (or a journalist) unless the Blackwells

40

Le témoin principal du St. Thomas Psychiatric Hospital sur ces questions a été le Dr William Komer, qui a reconnu que si ces relations intimes avec des employées étaient avérées, ces relations seraient contraires aux obligations professionnelles des soignantes. Après tout, c'est l'appelant qui souffre de troubles mentaux.

(iii) Le comportement manipulateur de l'appellant à l'endroit de M. et M^{me} Blackwell

41

De 1992 à 1997, un membre de son personnel soignant de première ligne, une infirmière, puis l'époux de celle-ci se sont liés d'amitié avec l'appelant. L'infirmière a développé, à l'égard de l'appelant, ce que l'Ordre des infirmières et infirmiers appelle une [TRADUCTION] « relation de “mariage” » que l'hôpital a cherché à décourager. Selon l'hôpital, le caractère professionnel de la relation s'était estompé. Depuis peu à la retraite, le mari de l'infirmière s'est introduit dans la relation et a passé des centaines d'heures avec l'appelant, le visitant à l'occasion plusieurs fois par semaine et faisant des sorties avec lui, parfois en compagnie de son épouse. Au nombre de ces activités, mentionnons un voyage à Port Stanley, où l'appelant s'est baigné; un repas de steak dégusté dans un restaurant de St. Thomas; une excursion pour observer des animaux dans un sentier de randonnée pédestre; la visite d'un parc, où l'appelant a pêché; la visite d'un établissement vinicole; et une ballade en voiture pour voir de vieilles demeures.

42

Le couple, qui a envisagé la possibilité d'adopter l'appelant, avait de son propre chef mis de côté environ 7 000 \$ pour les études de celui-ci. En fin de compte, la relation s'est détériorée en partie parce que les Blackwell estimaient que l'appelant [TRADUCTION] « ne faisait plus de progrès, [comme en témoignaient les faits suivants :] il avait démissionné du comité des patients, recommencé à fumer, eu une liaison avec une autre patiente et [. . .] il ne respectait pas sa part du marché ».

43

Dans une lettre adressée ultérieurement aux Blackwell, l'appelant a prétendu que M^{me} Blackwell et lui avaient eu une relation sexuelle inappropriée qu'il menaçait de révéler à l'Ordre des infirmières et infirmiers (ou à un journaliste),

handed over the \$7,000. He subsequently admitted that some of the allegations in the letter were exaggerated or manufactured. The Blackwells viewed the appellant's conduct as an attempt at extortion, and reported it to the hospital authorities. The Review Board declined to find whether or not there had been a sexual relationship, but stated that "[e]ither way, [the appellant] has attempted to use a relationship with another person as a blunt instrument to get what he wants embellished by falsehood when it suits him."

44

The Review Board viewed this distasteful episode as an example of the trust and reliability concerns that made it unlikely the appellant could be reintegrated into the community in the foreseeable future.

(iv) The Appellant Is Not a Candidate for Community Access

45

The Review Board held that "[p]atients who are housed in medium security who enjoy indirectly supervised hospital and grounds privileges and community access, must be capable of a degree of trust before these privileges can be used. In [the appellant's] case, for reasons which are well-documented and were fully supported by the evidence heard, [the appellant] has been unable to maintain the level of trust which he enjoyed for a period of time at this facility."

46

In my view, with respect, the proposition that NCR detainees who are not at present candidates for community access should, by reason of that fact alone, be detained under conditions of maximum security, even though they do not present a risk to the safety of the public themselves, is clearly not compatible with the "least onerous and least restrictive" requirement of s. 672.54.

à moins que le couple ne lui verse les 7 000 \$. Il a subséquemment reconnu que certaines de ces allégations étaient soit exagérées, soit le fruit de son imagination. Les Blackwell ont vu dans le comportement de l'appelant une tentative d'extorsion qu'ils ont signalée à la direction de l'hôpital. La Commission d'examen a refusé de se prononcer sur la question de savoir s'il y avait eu ou non relation sexuelle, mais elle a dit que [TRADUCTION] « [d']une manière ou d'une autre, [l'appelant] a tenté de se servir d'une relation avec autrui comme moyen peu subtil d'obtenir ce qu'il veut, en ajoutant des faussetés quand cela sert ses besoins. »

Pour la Commission d'examen, ce pénible épisode était un exemple des problèmes de confiance et de fiabilité faisant qu'il y avait peu de chances que l'appelant puisse réintégrer la société dans un avenir prévisible.

(iv) Inaptitude de l'appelant à se rendre dans la collectivité

La Commission d'examen a conclu que [TRADUCTION] « [l]es patients résidant dans un établissement à sécurité moyenne qui bénéficient, sans surveillance directe, de priviléges de déplacement dans l'hôpital et sur ses terrains, ainsi que de priviléges d'accès à la collectivité, doivent d'abord montrer qu'on peut leur faire confiance avant de pouvoir jouir de ces priviléges. En ce qui concerne [l'appelant], pour des raisons bien documentées et parfaitement étayées par la preuve entendue, il n'a pas su se montrer à la hauteur de la confiance qu'on lui a accordée pendant un certain temps dans l'établissement. »

En toute déférence, j'estime que la prétention selon laquelle les accusés déclarés non responsables criminellement qui sont jugés inaptes à se rendre dans la collectivité doivent, pour ce seul motif, être détenus suivant des modalités propres au niveau de sécurité maximum, et ce même s'ils ne représentent pas un risque pour la sécurité du public, est clairement incompatible avec l'obligation prévue à l'art. 672.54, qui requiert que la décision soit « la moins sévère et la moins privative de liberté ».

(v) Lack of Programs

The Review Board concluded that while the “live issues” were those of risk and trust, secondarily, “but also important” was the availability of programming, which, by virtue of the cancellation of his off-ward privileges, was no longer available to the appellant at St. Thomas.

E. Factors Not Considered by the Review Board in Its Decision to Return the Appellant to Maximum Security

In my view, with respect, the error of law committed by the Review Board caused it to overlook at least three important factors:

(i) Whether the Return to Maximum Security Was the “Least Onerous and Least Restrictive” Disposition of the Appellant’s Case

While Dr. Komer in his testimony referred at times to “the least onerous, least restrictive” conditions of detention, nowhere in the Review Board’s reasons is there any reference to the “least onerous and least restrictive” requirement in relation to the conditions of its disposition; nor is there any consideration of the appellant’s liberty interests. The Review Board seems to have concluded that such considerations had no bearing on the “appropriateness” of the conditions they set. In taking this position, it no doubt relied on the previous jurisprudence of the Ontario Court of Appeal, discussed in *Tulikorpi, supra*, but in doing so, it erred in law.

(ii) The Cancellation of the Appellant’s Off-ward Privileges Were the Result — Not the Cause — of the Hospital’s Recommendation

As stated, the Review Board placed weight on its view that, as the appellant no longer had access to off-ward programs at St. Thomas, he would

(v) L’absence de programmes

La Commission d’examen a conclu que, bien que les [TRADUCTION] « points litigieux » fussent la question du risque et celle de la confiance, un autre aspect — secondaire « mais lui aussi important » — était la disponibilité de programmes, programmes dont l’appelant ne bénéficiait plus du fait de la révocation de ses priviléges de déplacement en dehors du service où il était détenu.

E. Facteurs négligés par la Commission d’examen dans sa décision renvoyant l’appelant dans un établissement à sécurité maximum

En toute déférence, j’estime que l’erreur de droit qu’a commise la Commission l’a amenée à négliger au moins trois facteurs importants.

(i) Le renvoi dans un établissement à sécurité maximum était-il, dans le cas de l’appelant, la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté »?

Alors que dans le témoignage du Dr Komer on retrouve certaines mentions des modalités [TRADUCTION] « les moins sévères, les moins privatives de liberté », les motifs de la Commission d’examen ne renferment aucune mention de ce critère en ce qui a trait aux modalités de la décision qu’elle a rendue, ni aucune indication de la prise en compte du droit à la liberté de l’appelant. La Commission d’examen semble avoir conclu que ces considérations n’influaient pas sur le « caractère indiqué » des modalités qu’elle fixait, s’appuyant sans doute à cet égard sur la jurisprudence de la Cour d’appel de l’Ontario, qui est analysée dans l’arrêt *Tulikorpi*, précité. Toutefois, en agissant ainsi elle a commis une erreur de droit.

(ii) La révocation des priviléges de déplacement de l’appelant hors du service où il était détenu était le résultat, et non la cause, de la recommandation de l’hôpital

Comme il a été mentionné précédemment, l’opinion de la Commission d’examen selon laquelle l’appelant serait mieux à Oak Ridge étant donné

47

48

49

50

be better off at Oak Ridge. The Ontario Court of Appeal, in upholding the Review Board's decision, also laid stress on this factor.

- 51 In fact, however, as Dr. Komer made clear in his testimony (and as the Review Board acknowledged in passing), the appellant's off-ward privileges were terminated "given the hospital's recommendation that [the appellant] be returned to maximum security". As Dr. Komer testified:

Around the time we decided that we were going to send him to Penetang [Oak Ridge Division], and even before that because I can't remember exactly when we had the pre-board conference, but we had cancelled his privileges thinking that if we are looking at maximum security, we're looking at [the appellant] is not progressing, we should be looking at maximum security and keeping him in medium secure without any privileges until the Board can convene and that's why he has not had any off-ward privileges.

- 52 In my view, with respect, the hospital administrator could not buttress his case to put the appellant in maximum security by reducing his liberty at the medium security institution to the point where even the maximum security hospital could be portrayed as less restrictive than the medium security hospital.

(iii) There Was Evidence of Other Medium Security Institutions That Met the Criteria Formulated by the Review Board

- 53 The appellant indicated a willingness to be transferred to either of two other medium security institutions rather than be returned to Oak Ridge, namely the medium security hospitals in Brockville or Whitby.

qu'il n'avait plus accès, à St. Thomas, aux programmes offerts à l'extérieur de cet établissement a joué un rôle important dans la décision rendue par celle-ci. En confirmant la décision de la Commission d'examen, la Cour d'appel de l'Ontario a elle aussi insisté sur ce facteur.

En réalité toutefois, comme l'a clairement souligné le D^r Komer dans son témoignage (et comme l'a aussi reconnu de manière incidente la Commission d'examen), les priviléges de déplacement de l'appellant hors du service où il était détenu ont été révoqués [TRADUCTION] « par suite de la recommandation de l'hôpital que [l'appellant] soit renvoyé dans un établissement à sécurité maximum ». Voici un extrait de son témoignage :

[TRADUCTION] À peu près au moment où nous avons décidé de l'envoyer à Penetang [division Oak Ridge], et même avant, puisque je ne peux me rappeler exactement quand nous avons tenu la conférence préalable à l'audience de la Commission, mais nous avions révoqué ses priviléges en nous disant que si nous envisageons la sécurité maximum, c'est que nous estimons que [l'appellant] ne fait pas de progrès, il nous faut envisager la sécurité maximum et le détenir dans un milieu à sécurité moyenne sans aucun privilège jusqu'à ce que la Commission puisse se réunir, et c'est pourquoi il n'a plus bénéficié de priviléges de déplacement hors du service où il était détenu.

En toute déférence, je suis d'avis que le directeur général de l'hôpital ne pouvait étayer sa décision d'imposer à l'appellant la sécurité maximum en réduisant la liberté de mouvement de celui-ci dans l'établissement à sécurité moyenne au point où même l'hôpital à sécurité maximum pourrait être considéré comme moins privatif de liberté que l'hôpital à sécurité moyenne.

(iii) Éléments de preuve indiquant que d'autres établissements à sécurité moyenne respectaient les critères énoncés par la Commission d'examen

L'appellant a manifesté le désir d'être transféré à l'hôpital de Brockville ou à celui de Whitby, deux établissements à sécurité moyenne, plutôt que d'être renvoyé à Oak Ridge.

Dr. Komer testified that the transfer to Oak Ridge will likely have a negative impact on the appellant.

Dr. Komer acknowledged that Whitby offered a range of programs and facilities more extensive than St. Thomas could offer within a medium security perimeter. The Review Board found there had been a breakdown in the trust relationship between St. Thomas and the appellant, but in its search for a more structured environment, it did not address in its reasons other potential medium security facilities for which the appellant had requested consideration.

F. Conclusion

I accept the Review Board's view that the appellant is untruthful and manipulative, that he has a history of hostility and/or inappropriate behaviour towards female staff, that he behaved abominably towards the Blackwells who had befriended him, that he is not a candidate for early access to the community and that he would benefit from some of the programs at Oak Ridge. Nevertheless, none of these considerations was weighed in the balance against the appellant's liberty interest. At no point did the Review Board consider (no doubt because it did not think itself obliged to consider) whether the package of conditions that included returning the appellant to Oak Ridge was the "least onerous and least restrictive" order appropriate under the circumstances. To the extent the Review Board took into account the fact the appellant's off-ward privileges at St. Thomas had been cancelled, the risk of a substantial wrong to the appellant is increased, because cancellation was made by the hospital on the assumption the appellant would be sent back to Oak Ridge, which of course was the essential point in issue for the Review Board to determine. For these reasons, it cannot be said that the Review Board, if properly informed of the law and acting reasonably, would necessarily have reached the same conclusion. Therefore it cannot be said that the error of law resulted in "no substantial wrong". Applying

Le Dr Komer a témoigné que le transfert à Oak Ridge aura vraisemblablement un effet négatif sur l'appellant.

Le Dr Komer a reconnu que l'établissement de Whitby offrait une gamme de programmes et de services plus étendue que celle que pouvait offrir St. Thomas à l'intérieur d'une unité à sécurité moyenne. La Commission d'examen a estimé que le lien de confiance entre l'appelant et la direction de St. Thomas s'était rompu. Mais dans sa recherche d'un environnement plus structuré, la Commission n'a pas traité, dans ses motifs, des autres établissements à sécurité moyenne que l'appelant lui avait demandé de prendre en considération.

F. Conclusion

J'accepte l'opinion de la Commission d'examen selon laquelle l'appelant n'est pas digne de foi et manipule les gens, qu'il a eu des comportements hostiles et inappropriés envers le personnel féminin, qu'il s'est conduit de manière odieuse à l'endroit des Blackwell, qui lui avaient offert leur amitié, qu'il n'est pas apte à se voir accorder accès à la collectivité et que certains des programmes offerts à Oak Ridge lui seraient profitables. Néanmoins, aucune de ces considérations n'a été mise en balance avec son droit à la liberté. À aucun moment la Commission d'examen ne s'est demandé (sans aucun doute parce qu'elle n'estimait pas y être tenue) si l'ensemble des modalités arrêtées, y compris le renvoi de l'appelant à Oak Ridge, constituait la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » qui soit indiquée dans les circonstances. Dans la mesure où la Commission d'examen a tenu compte de la révocation à St. Thomas des priviléges de déplacement de l'appelant à l'extérieur du service où il était détenu, le risque que ce dernier ait subi un tort important est plus grand, puisque l'hôpital a décidé de la révocation en tenant pour acquis que l'appelant serait renvoyé à Oak Ridge, alors que l'opportunité d'un tel renvoi était évidemment la question essentielle que devait trancher la Commission d'examen. Pour ces motifs, il est impossible d'affirmer que la Commission d'examen serait nécessairement arrivée à la même conclusion si elle avait été bien au

54

55

56

s. 672.78(1)(b) of the *Criminal Code*, the appeal is accordingly allowed.

VI. Disposition

57 The resolution of the “least onerous and least restrictive” issue in favour of the appellant knocks the basis out from under his *Charter* challenge, which is rejected for the reasons previously set out by the Court in *Winko, supra*.

58 As to the merits of the appeal, as noted at the outset, the parties were advised by order dated November 7, 2003 that the appeal was allowed with reasons to follow. The judgment of the Court of Appeal was set aside. An expedited hearing before the Ontario Review Board was ordered in accordance with the reasons to follow. The order setting aside the judgment of the Court of Appeal was stayed pending the Board’s decision on the expedited hearing. These reasons make no change in that disposition.

59 I would answer the constitutional questions as follows.

1. Does s. 672.54(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to decide this question.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Suzan E. Fraser; Falconer Charney Macklin, Toronto.

fait du droit applicable et si elle avait agi raisonnablement. Par conséquent, on ne saurait dire que l’erreur de droit n’a entraîné « aucun tort important ». Le pourvoi est en conséquence accueilli par application de l’al. 672.78(1)b) du *Code criminel*.

VI. Dispositif

Le fait que l’appelant ait gain de cause quant au critère de décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » bat en brèche son argument fondé sur la *Charte*, qui est rejeté pour les motifs exposés par notre Cour dans l’arrêt *Winko*, précité.

Quant au fond du pourvoi, comme nous l’avons mentionné au début des présents motifs, les parties ont été informées, dans une ordonnance datée du 7 novembre 2003, que le pourvoi était accueilli avec motifs à suivre. L’arrêt de la Cour d’appel a été annulé. Il a été ordonné à la Commission ontarienne d’examen de tenir, dans les plus brefs délais après le dépôt des motifs de notre Cour, une audience conformément à ces motifs. La prise d’effet de l’ordonnance annulant l’arrêt de la Cour d’appel a été suspendue jusqu’à ce que la Commission ait rendu sa décision au terme de l’audience susmentionnée. Les présents motifs ne modifient pas notre ordonnance.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante.

1. L’alinéa 672.54c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l’appelant : Suzan E. Fraser; Falconer Charney Macklin, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent the Administrator of St. Thomas Psychiatric Hospital: Paterson, MacDougall, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Toronto.

Solicitors for the interveners the Ontario Review Board and the Nunavut Review Board: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition: Hiltz Szigeti, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Directeur général du St. Thomas Psychiatric Hospital : Paterson, MacDougall, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice Canada, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Commission ontarienne d'examen et la Commission d'examen du Nunavut : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs des intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition : Hiltz Szigeti, Toronto.

Robert Kenneth Hartshorne *Appellant*

v.

Kathleen Mary Mildred
Hartshorne *Respondent*

INDEXED AS: HARTSHORNE v. HARTSHORNE

Neutral citation: 2004 SCC 22.

File No.: 29531.

2003: November 6; 2004: March 26.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Family law — Division of property — Marriage agreement — Parties electing separate property regime in marriage agreement — Whether marriage agreement unfair — Whether judicial reapportionment should be upheld — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 65(1).

Family law — Family assets — Law practice — Wife contributing indirectly to husband's law practice through household management and childrearing — Whether law practice should be considered a family asset — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 58(3)(e), 59(2).

Family law — Maintenance — Division of property — Double recovery — Parties electing separate property regime in marriage agreement — Whether judicial reapportionment of asset constituting main source of income resulted in double recovery.

The parties began to cohabit in 1985 and their first child was born in 1987. They married in 1989, a second marriage for both, and a second child was born later that year. Nine years later, they separated. From the time of the birth of their first child, the respondent wife withdrew from the practice of law to remain at home to raise the children. The appellant husband, also a lawyer, had made it clear to the respondent prior to the marriage that he would never again allow a division of his property. He brought assets worth approximately \$1.6 million

Robert Kenneth Hartshorne *Appellant*

c.

Kathleen Mary Mildred
Hartshorne *Intimée*

RÉPERTORIÉ : HARTSHORNE c. HARTSHORNE

Référence neutre : 2004 CSC 22.

Nº du greffe : 29531.

2003 : 6 novembre; 2004 : 26 mars.

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

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

Droit de la famille — Partage des biens — Contrat de mariage — Parties choisissant le régime de la séparation de biens dans leur contrat de mariage — Le contrat de mariage est-il inéquitable? — La redistribution judiciaire des biens doit-elle être maintenue? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 65(1).

Droit de la famille — Biens familiaux — Cabinet d'avocats — Contribution indirecte de l'épouse au fonctionnement du cabinet d'avocats de son mari grâce à la gestion du ménage et à l'éducation des enfants — Le cabinet d'avocats doit-il être considéré comme un bien familial? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 58(3)e), 59(2).

Droit de la famille — Aliments — Partage des biens — Double indemnisation — Parties choisissant le régime de la séparation de biens dans leur contrat de mariage — La redistribution judiciaire d'un bien constituant la principale source de revenu d'un conjoint a-t-elle donné lieu à une double indemnisation?

Les parties ont commencé à cohabiter en 1985 et leur premier enfant est né en 1987. Elles se sont mariées en 1989 — un second mariage dans les deux cas — et un deuxième enfant est né plus tard au cours de la même année. Les parties se sont séparées neuf ans plus tard. Après la naissance de leur premier enfant, l'intimée a choisi d'abandonner la pratique du droit et de rester à la maison pour élever les enfants. Avant le mariage, l'appelant, qui était lui aussi avocat, avait clairement dit à l'intimée qu'il ne consentirait jamais à un deuxième

into the marriage, including his law practice, while the respondent entered the relationship with no assets and heavily in debt. On the day of the wedding, the appellant insisted that the respondent sign a marriage agreement that rendered the parties separate as to property, but with a provision that the respondent would be entitled to a 3 percent interest in the matrimonial home for each year that the parties were married up to a maximum of 49 percent. The parties obtained independent legal advice and the respondent was advised that the agreement was grossly unfair. She nevertheless signed the agreement with a few amendments, including a clause confirming her right to spousal support. Pursuant to the agreement, the respondent was entitled to property valued at \$280,000 on separation, while the appellant was entitled to property worth \$1.2 million. In divorce proceedings, the appellant relied upon the agreement to avoid the operation of the statutory family property regime while the respondent argued that the agreement should be set aside on common law principles or that the distribution of assets should be reapportioned because the agreement was unfair pursuant to s. 65(1) of the British Columbia *Family Relations Act* ("FRA"). The trial judge concluded that the agreement was unfair and ordered a reapportionment on a 60/40 basis in favour of the appellant of most of the family assets including the appellant's law practice. Each party was held to be entitled to a half interest in the matrimonial home and contents. In addition, the appellant was ordered to pay spousal support. This judgment was upheld by the Court of Appeal.

Held (Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour and Fish JJ.: The primary policy objective guiding the court's role in division of assets on marital breakdown in British Columbia is fairness. The *FRA* explicitly recognizes marriage agreements as a mechanism to govern a division of property upon the dissolution of marriage. To be enforceable, however, any such agreement must operate fairly at the time of distribution. If it does not, judicial reapportionment of property will be available to achieve fairness. Although the statutory scheme in British Columbia sets a lower threshold for judicial intervention than the schemes in the other provinces, courts should respect private arrangements that spouses make for the division of their property on the breakdown of their relationship particularly where the

partage de ses biens. Lors de son mariage, l'appelant possédait déjà des biens — dont son cabinet d'avocats — évalués à environ 1,6 million de dollars. Pour sa part, l'intimée ne possédait aucun bien et était plutôt lourdement endettée à l'époque. Le jour du mariage, l'appelant a insisté pour que l'intimée signe un contrat de mariage qui stipulait que les parties se mariaient sous le régime de la séparation de biens, mais qui comportait une clause prévoyant que, pour chaque année de mariage, l'intimée acquerrait un intérêt de 3 pour 100 dans la résidence familiale, et ce, jusqu'à un maximum de 49 pour 100. Les parties ont obtenu des avis juridiques indépendants et l'intimée a été avisée que le contrat créait une injustice flagrante. Elle a néanmoins signé le contrat après y avoir apporté quelques modifications, dont l'insertion d'une clause confirmant son droit à des aliments entre époux. Le contrat prévoyait que, en cas de séparation, l'intimée aurait droit à des biens évalués à 280 000 \$, alors que l'appelant aurait droit à des biens évalués à 1,2 million de dollars. Pendant les procédures de divorce, l'appelant a invoqué le contrat dans le but de se soustraire au régime légal applicable aux biens familiaux, alors que l'intimée considérait que le tribunal devait soit annuler le contrat en application de certains principes de common law, soit procéder, conformément au par. 65(1) de la *Family Relations Act* (« *FRA* ») de la Colombie-Britannique, à une redistribution des biens familiaux en raison de l'iniquité du contrat. La juge de première instance a conclu que le contrat était inéquitable et a ordonné une redistribution 60-40, en faveur de l'appelant, de la plupart des biens familiaux, y compris le cabinet d'avocats de l'appelant. Elle a décidé que chaque partie avait droit à la moitié du domicile conjugal et de son contenu. La juge a, en outre, ordonné à l'appelant de verser des aliments entre époux. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour et Fish : L'équité est le principal objectif d'intérêt public qui guide les tribunaux en matière de partage des biens à la rupture du mariage en Colombie-Britannique. La *FRA* reconnaît explicitement la validité du contrat de mariage comme mécanisme de gestion du partage des biens à la dissolution du mariage. Cependant, pour être exécutoire, un tel contrat doit être équitable, sans quoi un tribunal pourra redistribuer les biens de manière à réaliser un partage équitable. Bien que le régime légal de la Colombie-Britannique établisse manifestement un critère préliminaire d'intervention judiciaire moins strict que ceux qu'établissent les régimes des autres provinces, les tribunaux devraient respecter les arrangements privés que les époux

agreement in question was negotiated with independent legal advice. Individuals may choose to structure their affairs in a number of different ways and courts should be reluctant to second-guess the arrangement on which they reasonably expected to rely.

Marital cases must reconcile respect for the parties' intent, on the one hand, and the assurance of an equitable result, on the other. There is no "hard and fast" rule regarding the deference to be afforded to marriage agreements as compared to separation agreements. The court must determine whether the marriage agreement is substantively fair when the application for reapportionment is made. The essence of this inquiry is whether the circumstances of the parties at the time of separation were within the reasonable contemplation of the parties at the time the agreement was formed, and whether at that time the parties made adequate arrangements in response to these anticipated circumstances. In determining whether a marriage agreement operates unfairly, a court must first apply the agreement, assessing and awarding those financial entitlements provided to each spouse under the agreement and from other sources, including spousal and child support. Secondly, the court must consider the factors listed in s. 65(1) of the *FRA*, and make a determination as to whether the contract operates unfairly, and whether a different apportionment should be made. At this stage, consideration must be given to how the parties' personal and financial circumstances evolved over time.

Here, the financial and domestic arrangements between the appellant and the respondent unfolded just as the parties had expected, so that the burden to establish unfairness is heavier. They were living out their intention to "remain completely independent of the other as regard to their own property, both real and personal", the main feature of the agreement. There was no commingling of funds, there were no joint accounts of significant value, and the assets that the appellant brought into the marriage remained in his name. As planned they had a second child and the respondent remained at home to raise the children. While the duration of the marriage was a significant factor, it had to be considered in light of the fact that the vast majority of the property was acquired by the appellant prior to the commencement of the relationship. In addition, before making a determination that the agreement operated unfairly, the trial judge should have considered the impact of the spousal and child support to which the respondent was entitled under the agreement, which would have recognized the economic disadvantage

prennent au sujet du partage de leurs biens à la rupture de leur relation, particulièrement lorsque le contrat en question a été négocié sur la foi de conseils juridiques indépendants. Les gens peuvent choisir d'organiser leurs affaires de maintes façons et les tribunaux doivent hésiter à remettre en question l'arrangement que ces gens s'attendaient raisonnablement à invoquer.

En matière matrimoniale, il faut concilier la nécessité de respecter l'intention des parties, d'une part, et celle d'assurer un résultat équitable, d'autre part. Il n'y a pas de règle absolue en ce qui concerne la déférence requise dans le cas d'un contrat de mariage comparativement à celle requise dans le cas d'un accord de séparation. Le tribunal doit déterminer si le contrat de mariage est实质iellement équitable au moment de la présentation de la demande de redistribution. Pour ce faire, il doit essentiellement se demander si, au moment de la formation du contrat, les parties pouvaient raisonnablement prévoir dans quelle situation elles seraient au moment de leur séparation et, le cas échéant, si elles ont alors pris des mesures adéquates pour réagir à la situation anticipée. Pour décider si un contrat de mariage est inéquitable, le tribunal doit commencer par l'appliquer en déterminant et en accordant à chaque époux ce à quoi il a droit, sur le plan financier, en vertu du contrat, en plus de tenir compte des autres droits émanant d'autres sources, dont les aliments entre époux et ceux payables aux enfants. Le tribunal doit ensuite décider si le contrat est inéquitable à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA*, et s'il y a lieu de répartir différemment les biens. À cette étape, il faut prendre en considération la façon dont la situation personnelle et financière des parties a évolué au fil des ans.

En l'espèce, les arrangements financiers et familiaux pris par l'appelant et l'intimée se sont révélés conformes à ce qu'ils avaient prévu, ce qui rend plus lourd le fardeau d'établir l'existence d'une iniquité. Ils étaient « entièrement indépendants l'un de l'autre en ce qui avait trait à leurs propres biens, tant meubles qu'immeubles », conformément à l'intention constituant la principale caractéristique de leur contrat. Il n'y avait aucune confusion de fonds, aucun compte conjoint d'une valeur appréciable et les biens que possédait l'appelant avant de se marier étaient restés à son nom. Ils avaient eu un deuxième enfant comme prévu et l'intimée était restée à la maison pour élever les enfants. Bien qu'elle fût un facteur important, la durée du mariage devait être considérée à la lumière du fait que la plupart des biens avaient été acquis par l'appelant avant le début de la relation. De plus, avant de conclure que le contrat était inéquitable, la juge de première instance aurait dû prendre en considération l'incidence des aliments entre époux et des aliments destinés aux enfants auxquels l'intimée avait

suffered by the respondent in sacrificing her career for her family, the lingering effects of the sacrifice, and the true onus of the respondent's parental responsibilities. The trial judge should have first applied the agreement, then determined the need for spousal support, and finally decided whether the result warranted a different apportionment of property in light of the s. 65 factors.

The agreement was fair at the time of the triggering event, in light of the provisions of the *FRA*, the provisions of the agreement and the circumstances of the parties at the time of separation, and the trial judge erred in finding otherwise. The implications of the agreement were understood, the respondent having specifically reviewed its shortcomings with her lawyer. The explicit preservation of a right to spousal support was an amendment made to the draft agreement at the respondent's insistence, supporting an understanding on her part that her future needs could be met through support. Moreover, by signing the agreement, the appellant and the respondent entered their marriage with certain expectations on which they were reasonably entitled to rely. With respect to the appellant's law practice, considering the provisions of s. 59(1) and that the value of the practice had not increased since the time of the marriage, it was not a family asset.

Per Binnie, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting in part): A marriage agreement is merely a presumptive entitlement. Under the *FRA* the deciding inquiry is whether the agreement is substantively fair at the time of application to the court, considering the parties' rights, entitlements and obligations at that moment, in light of the factors set out in s. 65(1) and the other separation conditions of custody and maintenance. While the circumstances at the time of the negotiation or execution of the agreement may provide indicators that it is either fair or unfair, the s. 65(1) factors in no way suggest that fairness during this time is determinative. Fairness must be based on a contemporaneous evaluation of the s. 65(1) factors, rather than the original intention of the parties. Various public policy concerns support this interpretation, such as the fact that marriage agreements are often executed years prior to separation at a time when the risk of the provisions ever coming into effect may be assumed to be low. Fairness is not always synonymous with equal division. If the agreement is fair in light of the s. 65(1) factors, it will stand; if not, a judge will redress it. Once a judge has redressed the unfairness, the s. 65(1) reapportionment may be compared to the division that would have been ordered absent any

droit en vertu du contrat, lesquels aliments auraient tenu compte du désavantage économique que l'intimée avait subi en sacrifiant sa carrière à sa famille, des effets que continuait d'avoir ce sacrifice et du fardeau que représentaient véritablement les responsabilités parentales de l'intimée. La juge de première instance aurait d'abord dû appliquer le contrat, ensuite évaluer le besoin d'aliments entre époux et enfin décider si le résultat justifiait de répartir différemment les biens à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65.

Compte tenu des dispositions de la *FRA*, des clauses du contrat et de la situation des parties lors de la séparation, le contrat était équitable au moment où est survenu l'événement déclencheur, et la juge de première instance a commis une erreur en concluant différemment. L'intimée avait compris les conséquences du contrat étant donné qu'elle en avait précisément examiné les lacunes avec son avocat. Le maintien explicite d'un droit aux aliments entre époux est une modification qui avait été apportée à l'avant-projet de contrat parce que l'intimée insistait pour que ce soit fait, ce qui tend à confirmer qu'elle avait compris que les aliments lui permettraient de subvenir à ses besoins futurs. De plus, le contrat signé par l'appelant et l'intimée témoigne du fait qu'ils avaient des attentes raisonnables au moment de se marier. Le cabinet d'avocats de l'appelant n'est pas un bien familial eu égard aux dispositions du par. 59(1) et au fait que sa valeur n'a pas augmenté depuis le mariage.

Les juges Binnie, LeBel et Deschamps (dissidents en partie) : La conclusion d'un contrat de mariage ne fait qu'établir un droit présomptif. En vertu de la *FRA*, le tribunal doit répondre à la question déterminante de savoir si le contrat est substantiellement équitable au moment où la demande lui est présentée, en examinant, à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) et des autres conditions de séparation relatives à la garde et aux aliments, les droits et les obligations qu'avaient alors les parties. Bien que les circonstances ayant entouré la négociation et la conclusion du contrat puissent indiquer qu'il est équitable ou inéquitable, rien dans les facteurs énumérés au par. 65(1) n'indique que l'équité qui existe alors est déterminante. Pour déterminer s'il y a équité, il faut apprécier les facteurs énumérés au par. 65(1) à la lumière des circonstances existantes et non de l'intention initiale des parties. Différentes considérations d'intérêt public appuient cette interprétation, tel le fait qu'un contrat de mariage est souvent conclu plusieurs années avant la séparation, à un moment où les parties peuvent présumer qu'elles risquent peu de devoir y recourir un jour. L'équité n'est pas toujours synonyme de partage égal. Un contrat sera valide s'il est équitable à la lumière des facteurs énumérés au

contract. Since marriage agreements are not included in the s. 65(1) factors for the court to consider, giving an unfair agreement any weight in the reapportionment process would defeat the fairness objective and parties would not be encouraged to make genuine efforts to conclude and update fair agreements. However, once the judge has reapportioned the total value of family assets, the marriage agreement will affect which specific assets will be awarded to each spouse.

Questions of reapportionment should generally be settled before turning to a consideration of maintenance as it is easier to deal with the parties' need to become economically independent after a fair division of capital family assets. Imbalances in resources and independence after separation must be addressed in a principled and systematic manner. As a general rule, the trial judge should try to address in sequence (1) the apportionment of matrimonial property, (2) the existence of a right to maintenance and support and, if such a right exists, (3) the extent of the need for such maintenance or support. However, failure to follow this sequence, as in this case, does not amount to an error in law or principle, although it may lead to unforeseen hazards in the evaluation process.

Here, the trial judge properly concluded that the division of property provisions in this agreement were unfair, based on a consideration of s. 65(1) factors: the 12½-year relationship (s. 65(1)(a)), the fact that almost all of the property was acquired by the appellant prior to the relationship (s. 65(1)(c)), the respondent's need to become or remain economically self-sufficient (s. 65(1)(e)), and the effect that the respondent's assumption of homemaking responsibilities had on the appellant's ability to focus on his law practice and on her own future career development (s. 65(1)(f)). Moreover, there were indications that the agreement was unfair at the time of negotiation and execution. That the respondent signed it knowing it to be unfair does not cure the agreement of its substantive unfairness. Married spouses must fully assume the responsibilities flowing from their decision to get married. By choosing to marry the respondent, to have children, and to support and benefit from his wife's domestic work, the appellant agreed to bear all the consequences of the legislative regime

par. 65(1). S'il n'est pas équitable, le juge remédiera à la situation. Dès qu'un juge a remédié à l'iniquité, la redistribution fondée sur le par. 65(1) peut être comparée au partage qui aurait été ordonné en l'absence de contrat. Étant donné que les contrats de mariage ne figurent pas parmi les facteurs du par. 65(1) dont le tribunal doit tenir compte, l'objectif d'équité serait contrecarré si, en procédant à une redistribution, un tribunal tenait compte d'un contrat même dans ses aspects inéquitables, et les parties ne seraient pas encouragées à s'efforcer de conclure des ententes équitables et de les réviser afin d'en maintenir le caractère équitable. Cependant, dès que le juge a procédé à une redistribution de la valeur totale des biens familiaux, le contrat de mariage lui sert alors de guide pour déterminer quels biens peuvent être attribués à l'une ou l'autre des parties.

Il faut généralement régler toutes les questions de redistribution avant d'aborder la question des aliments, étant donné qu'il est plus facile de répondre au besoin des parties de devenir économiquement indépendantes après avoir procédé à un partage équitable des biens en capital familiaux. Tout déséquilibre sur le plan des ressources et de l'indépendance après une séparation doit être corrigé d'une manière systématique et fondée sur des principes. En général, le juge de première instance devrait tenter d'aborder, dans l'ordre suivant, (1) la répartition des biens matrimoniaux, (2) l'existence d'un droit aux aliments et, si ce droit existe, (3) l'ampleur du besoin d'aliments. Toutefois, l'omission de procéder dans cet ordre, comme ce fut le cas en l'espèce, ne constitue pas une erreur de droit ou de principe, bien qu'elle puisse exposer le processus d'évaluation à des risques imprévus.

Dans la présente affaire, la juge de première instance a eu raison de conclure à l'iniquité des clauses du contrat relatives au partage des biens, compte tenu des facteurs énumérés au par. 65(1) : les 12 années et demie pendant lesquelles la relation a duré (al. 65(1)a)), le fait que presque tous les biens ont été acquis par l'appellant avant la relation (al. 65(1)c)), le besoin de l'intimée de devenir ou de demeurer économiquement autonome (al. 65(1)e)), et l'incidence que le rôle de ménagère de l'intimée a eu sur l'avancement de sa propre carrière et sur la capacité de l'appellant de se consacrer à la pratique du droit (al. 65(1)f)). En outre, certains faits portaient à croire que le contrat était inéquitable au moment où il a été négocié et conclu. Le fait que l'intimée l'a signé alors qu'elle le savait inéquitable n'élimine pas l'iniquité substantielle du contrat. Les conjoints mariés doivent assumer pleinement les responsabilités découlant de leur décision de se marier. En décidant d'épouser l'intimée, d'avoir des enfants, d'appuyer son choix de travailler à la maison et d'en bénéficier, l'appellant a

regulating his decisions, including the judicial review under s. 65 of the *FRA*.

The trial judge's reapportionment of the family assets should be shown deference, particularly as the litigation resulted in a protracted trial and the judgment involved complex factual assessments. Except for her reapportionment of the law practice, the trial judge did not commit any error. The respondent provided an indirect contribution to the appellant's law practice through the assumption of full-time responsibility for child care and homemaking, allowing the appellant to continue to practice full time. The appellant's interest in the law partnership was therefore a family asset capable of judicial reapportionment. Nevertheless, the trial judge erred in reapportioning the law practice, as it was the appellant's main source of revenue, from which he had been previously ordered to pay significant spousal support. This resulted in double dipping. The respondent may apply for a reevaluation of her need for spousal support.

Cases Cited

By Bastarache J.

Approved: *Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Metzner v. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314; **considered:** *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 CSC 24; **distinguished:** *N. (D.K.) v. O. (M.J.)* (2003), 41 R.F.L. (5th) 142; **referred to:** *Clarke v. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383; *Gold v. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813.

By Deschamps J. (dissenting in part)

Gold v. Gold (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 CSC 24; *Stark v. Stark* (1990), 71 D.L.R. (4th) 446, leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. xiv; *Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Metzner v. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Davidson v. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 CSC 33; *Underhill v. Underhill* (1983), 45 B.C.L.R. 244; *Elsom v. Elsom* (1982), 35 B.C.L.R. 293, aff'd (1983), 37 R.F.L. (2d) 150, leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. vii; *Gillespie v. Gillespie* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 28; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Piercy v. Piercy* (1991),

accepté de supporter toutes les conséquences du régime législatif régissant ses décisions, parmi lesquelles figure l'examen judiciaire prévu à l'art. 65 *FRA*.

La redistribution des biens familiaux par la juge de première instance doit être traitée avec déférence, d'autant plus que le litige a donné lieu à un long procès et que le jugement est caractérisé par des évaluations factuelles complexes. La juge de première instance n'a commis aucune erreur, sauf en ce qui concerne sa redistribution du cabinet d'avocats. L'intimée a apporté une contribution indirecte au fonctionnement du cabinet d'avocats de l'appelant en s'occupant seule des enfants et des tâches ménagères, et en permettant ainsi à l'appelant de continuer à exercer le droit à temps plein. L'intérêt que détenait l'appelant dans le cabinet d'avocats constituait donc un bien familial pouvant faire l'objet d'une redistribution judiciaire. La juge du procès a néanmoins commis une erreur en procédant à une redistribution du cabinet d'avocats de l'appelant, après lui avoir ordonné de se servir de cette principale source de revenus pour payer une importante pension alimentaire. Il en a résulté une double ponction. L'intimée peut demander une réévaluation de son besoin d'aliments.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts approuvés : *Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Metzner c. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314; **arrêt examiné :** *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24; **distinction d'avec l'arrêt :** *N. (D.K.) c. O. (M.J.)* (2003), 41 R.F.L. (5th) 142; **arrêts mentionnés :** *Clarke c. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383; *Gold c. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

Citée par la juge Deschamps (dissidente en partie)

Gold c. Gold (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24; *Stark c. Stark* (1990), 71 D.L.R. (4th) 446, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. xiv; *Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1; *Metzner c. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Davidson c. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Underhill c. Underhill* (1983), 45 B.C.L.R. 244; *Elsom c. Elsom* (1982), 35 B.C.L.R. 293, conf. par (1983), 37 R.F.L. (2d) 150, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. vii; *Gillespie c. Gillespie* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 28; *Peter*

31 R.F.L. (3d) 187, supplementary reasons (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 285; *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.2 [am. 1997, c. 1, s. 2], 15.2(4) [formerly s. 15(5)].
Family Law Act, R.S.N.L. 1990, c. F-2, s. 66(4).
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 56(4).
Family Law Act, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 55(4).
Family Property Act, S.S. 1997, c. F-6.3, s. 24(2).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, Part 5, ss. 56, 58, 59, 61, 65, 68, 89.
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.
Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1, s. 41.
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 29.

Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission. Working Paper No. 63. *Property Rights on Marriage Breakdown*. Vancouver: The Commission, 1989.
Grassby, Miriam. "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 R.F.L. (3d) 369.
Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. "Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B.: A New Trilogy?" (1999), 16 Can. J. Fam. L. 51.
Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: Free Press, 1985.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 6 B.C.L.R. (4th) 250, 220 D.L.R. (4th) 655, 174 B.C.A.C. 129, 31 R.F.L. (5th) 312, [2002] B.C.J. No. 2416 (QL), 2002 BCCA 587, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 110, [2001] B.C.J. No. 409 (QL), 2001 BCSC 325, and [1999] B.C.J. No. 2861 (QL). Appeal allowed, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting in part.

c. Beblow, [1993] 1 R.C.S. 980; *Piercy c. Piercy* (1991), 31 R.F.L. (3d) 187, motifs supplémentaires (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 285; *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).
Family Law Act, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, art. 66(4).
Family Law Act, S.P.E.I. 1995, ch. 12, art. 55(4).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, partie 5, art. 56, 58, 59, 61, 65, 68, 89.
Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2 [mod. 1997, ch. 1, art. 2], 15.2(4) [auparavant art. 15(5)].
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 56(4).
Loi sur les biens familiaux, L.S. 1997, ch. F-6.3, art. 24(2).
Loi sur les biens matrimoniaux, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1, art. 41.
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 29.

Doctrine citée

British Columbia. Law Reform Commission. Working Paper No. 63. *Property Rights on Marriage Breakdown*. Vancouver: The Commission, 1989.
Grassby, Miriam. « Women in Their Forties : The Extent of Their Rights to Alimentary Support » (1991), 30 R.F.L. (3d) 369.
Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. « Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B. : A New Trilogy? » (1999), 16 Rev. Can. D. Fam. 51.
Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York : Free Press, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 6 B.C.L.R. (4th) 250, 220 D.L.R. (4th) 655, 174 B.C.A.C. 129, 31 R.F.L. (5th) 312, [2002] B.C.J. No. 2416 (QL), 2002 BCCA 587, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 110, [2001] B.C.J. No. 409 (QL), 2001 BCSC 325, et [1999] B.C.J. No. 2861 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents en partie.

Megan Rehill Ellis, for the appellant.

Charlene E. Le Beau, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour and Fish JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

Domestic contracts are explicitly permitted by the matrimonial property regime in British Columbia. They allow spouses to substitute a consensual regime for the statutory regime that would otherwise be imposed on them. Domestic contracts are, however, like the statutory regime itself, subject to judicial intervention when provisions for the division of property which they contain are found to be unfair at the time of distribution, after considering the various factors enumerated in s. 65 of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128 (the “Act” or the “FRA”).

At issue in this appeal is whether a marriage agreement respecting the division of property, entered into after receiving independent legal advice, without duress, coercion or undue influence, can later be found to be unfair and set aside on the basis that it failed to provide anything “for the respondent’s sacrifice in giving up her . . . law practice and postponing [her] career development”, notwithstanding that the parties’ agreement preserved the right to spousal support. The parties in this appeal also raised the issues of whether an agreement entered into prior to or at the time of marriage should be subject to the same review on appeal as a separation agreement, and whether, where provisions for the division of property in a marriage agreement are found to be unfair at the time of distribution, the whole agreement should simply be ignored.

The appellant and the respondent began to live together in 1985 after becoming romantically involved with each other in 1982. Their first child was born in July 1987 and the parties married on

Megan Rehill Ellis, pour l’appelant.

Charlene E. Le Beau, pour l’intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour et Fish rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le régime applicable aux biens matrimoniaux en Colombie-Britannique autorise expressément la conclusion de contrats familiaux. Ces contrats permettent aux époux de substituer un régime consensuel au régime légal auquel ils seraient par ailleurs assujettis. À l’instar du régime légal lui-même, les contrats familiaux sont cependant soumis à l’intervention des tribunaux lorsque, à la suite d’un examen des divers facteurs énumérés à l’art. 65 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128 (la « Loi » ou la « FRA »), leurs clauses en matière de partage des biens sont jugées inéquitables au moment d’effectuer ce partage.

Il s’agit de savoir, en l’espèce, si un contrat de mariage régissant le partage des biens, que des parties ont conclu — en l’absence de contrainte, de pression ou d’abus d’influence —, après avoir reçu des avis juridiques indépendants, peut être subséquemment jugé inéquitable et annulé pour le motif qu’il n’accorde rien [TRADUCTION] « en échange du sacrifice [qu’une partie] a consenti en abandonnant [l]a pratique du droit et en retardant [. . .] l’avancement de sa carrière », et ce, en dépit du fait qu’il maintient le droit aux aliments entre époux. Les parties au pourvoi soulèvent également les questions de savoir si un contrat conclu au moment du mariage ou avant celui-ci devrait être assujetti au même examen en appel qu’un accord de séparation, et s’il y a lieu de passer outre à un contrat de mariage dont les clauses relatives au partage des biens sont jugées inéquitables au moment d’effectuer ce partage.

L’appelant et l’intimée ont commencé à cohabiter en 1985, dans le cadre d’une liaison amoureuse qui avait débuté en 1982. Leur premier enfant est né en juillet 1987 et les parties se sont mariées le 11 mars

1

2

3

March 11, 1989 (a second marriage for both). Their second child was born in November 1989. The parties separated in January 1998 and were divorced on July 29, 1999.

4 The appellant is 57 years old and was called to the Bar of British Columbia in 1972. He has provided support for his two children from a previous marriage who were born in 1976 and 1979. The respondent is 50 years of age and was called to the Bar of British Columbia in 1981. She articled with the appellant's firm and practised there as an associate until June 1987, when she left on maternity leave. Her annual salary at the time was \$48,000. From that time, the respondent remained at home as the full-time caregiver for both children, one of whom has special needs. The respondent did not return to practice until after the parties had separated, when she took the necessary steps to become requalified to practise law.

5 Prior to the marriage, the appellant had made it clear to the respondent that, given the division of property that occurred after he and his first wife separated, he would never again allow a division of his property. He brought several assets into the marriage with the respondent, including a home, two recreational properties, RRSPs and savings, and his law practice. His assets were valued at approximately \$1.6 million. The respondent did not bring any assets into the marriage, but instead entered the relationship heavily in debt.

6 The appellant arranged for a marriage agreement (the "Agreement") to be drawn up, the terms of which clearly stipulated that the parties would be separate as to property. However, the Agreement provided that the respondent would be entitled to 3 percent interest in the family home for each year the parties were married, up to a maximum of 49 percent. The parties obtained independent legal advice. The respondent was told by her lawyer that the Agreement was unfair and that the courts would likely set it aside if the parties separated. The respondent nevertheless signed the Agreement (after making a few small amendments) on their wedding day, at the appellant's insistence.

1989 (un second mariage dans les deux cas). Leur deuxième enfant est né en novembre 1989. Les parties se sont séparées en janvier 1998 et ont divorcé le 29 juillet 1999.

L'appelant est âgé de 57 ans et a été admis au Barreau de la Colombie-Britannique en 1972. Il verse des aliments pour deux enfants nés d'un mariage antérieur, en 1976 et en 1979. L'intimée est âgée de 50 ans et a été admise au Barreau de la Colombie-Britannique en 1981. Elle a été stagiaire au cabinet de l'appelant et y a pratiqué comme associée jusqu'en juin 1987, date de son départ pour un congé de maternité. À l'époque, elle touchait un salaire annuel de 48 000 \$. Depuis, l'intimée est restée à la maison pour se consacrer entièrement à ses deux enfants, dont l'un nécessite des soins particuliers. Ce n'est qu'après la séparation du couple que l'intimée a fait les démarches nécessaires pour pouvoir retourner à la pratique du droit.

Avant le mariage, l'appelant avait clairement dit à l'intimée que, en raison du partage des biens qu'il avait dû faire lors de sa séparation d'avec sa première femme, il ne consentirait jamais à un deuxième partage. Lorsqu'il a épousé l'intimée, l'appelant possédait déjà plusieurs biens dont une maison, deux propriétés de plaisance, des REER et des économies, ainsi que son cabinet d'avocats. La valeur de ses biens était d'environ 1,6 million de dollars. Au moment de son mariage, l'intimée ne possédait aucun bien et était plutôt lourdement endettée.

L'appelant a fait préparer un contrat de mariage (le « contrat ») qui stipulait clairement que les parties se mariaient sous le régime de la séparation de biens. Le contrat prévoyait toutefois que, pour chaque année de mariage, l'intimée acquerrait un intérêt de 3 pour 100 dans la résidence familiale, et ce, jusqu'à un maximum de 49 pour 100. Les parties ont obtenu des avis juridiques indépendants. L'intimée a été avisée par son avocat que le contrat était inéquitable et que les tribunaux l'annuleraient probablement si le couple se séparait. Devant l'instance de l'appelant, l'intimée a néanmoins signé le contrat (après y avoir apporté quelques petites modifications) le jour de leur mariage.

After 12½ years of cohabitation, nine of which they spent married, the parties separated in January 1998. During the divorce proceedings, custody and access, spousal and child support, and division of property were at issue. The appellant relied upon the Agreement to avoid the operation of the statutory family property regime, while the respondent argued that the Agreement should be set aside on common law principles or that the court should reapportion the distribution of family assets because the Agreement was unfair.

The primary policy objective guiding the courts' role in division of assets on marital breakdown in British Columbia is fairness; it is achieved by reviewing either the presumptive division provided for in the Act itself, or the parties' private agreement, in light of the factors set out in s. 65 of the *FRA*. To give effect to legislative intention, courts must encourage parties to enter into marriage agreements that are fair, and to respond to the changing circumstances of their marriage by reviewing and revising their own contracts for fairness when necessary.

The authorities generally agree that courts should respect private arrangements that spouses make for the division of their property on the breakdown of their relationship. This is particularly so where the agreement in question was negotiated with independent legal advice. The difficulty of course is in determining the proper approach to deciding, at the time of distribution, what is fair under the terms of s. 65 of the *FRA*. A domestic contract constituting a derogation from the statutory regime, it is obvious that its fairness cannot be determined simply on the basis of its consistency with the said regime. In fact, s. 65(1) also provides for judicial reapportionment on the basis of fairness in the case of the statutory regime in s. 56(2). The appellant in these proceedings argues that the majority of the Court of Appeal effectively found the Agreement to be unfair on the basis that it derogated from the statutory regime. After reviewing the provisions of the *FRA* as well as

7

Après 12 années et demie de cohabitation, dont neuf en tant qu'époux, les parties se sont séparées en janvier 1998. Pendant les procédures de divorce, il a été question de la garde et des droits de visite, des aliments de l'épouse et de ceux des enfants, ainsi que du partage des biens. L'appelant a invoqué le contrat dans le but de se soustraire au régime légal applicable aux biens familiaux, alors que l'intimée considérait que le tribunal devait soit annuler le contrat en application de certains principes de common law, soit procéder à une redistribution des biens familiaux en raison de l'iniquité du contrat.

8

L'équité est le principal objectif d'intérêt public qui guide les tribunaux en matière de partage des biens à la rupture du mariage en Colombie-Britannique; l'équité est assurée en examinant, à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65 *FRA*, la présomption de droit au partage établie dans la Loi elle-même ou encore le contrat privé des parties. Pour donner effet à l'intention du législateur, les tribunaux doivent encourager les parties à conclure des contrats de mariage équitables et à réagir aux changements de circonstances de leur mariage en procédant, si nécessaire, à l'examen et à la révision de leurs contrats afin d'en assurer l'équité.

9

La jurisprudence et la doctrine s'accordent généralement sur le fait que les tribunaux devraient respecter les arrangements privés que les époux prennent au sujet du partage de leurs biens à la rupture de leur relation. Cela vaut particulièrement lorsque le contrat en question a été négocié sur la foi de conseils juridiques indépendants. Il va sans dire que le problème est de déterminer l'approche qui doit être adoptée, au moment de la répartition des biens, pour décider ce qui est équitable sous le régime de l'art. 65 *FRA*. Étant donné qu'un contrat familial déroge au régime légal, il est évident qu'on ne peut pas déterminer s'il est équitable en se fondant uniquement sur sa compatibilité avec ce régime. En fait, le par. 65(1) prévoit également une redistribution judiciaire fondée sur l'équité dans les cas prévus au par. 56(2). En l'espèce, l'appelant fait valoir qu'en réalité c'est parce qu'il dérogeait au régime légal que les juges

the Agreement, it is my opinion that said Agreement operated fairly at the time of distribution.

II. Overview of the Family Relations Act

- 10 Part 5 of the *FRA* deals with division of assets on marital breakdown. It provides for presumptive entitlements which can themselves be reviewed for fairness on application to the court, and for reapportionment if a finding of unfairness is made.
- 11 Domestic contracts are also permitted under the *FRA*'s matrimonial property regime. Indeed, when there is a marriage agreement, the terms of the agreement represent the spouses' presumptive entitlement. Accordingly, under s. 56, the presumption that each spouse is entitled to a one-half interest in each family asset as a tenant in common is subject to any marriage agreement upon the occurrence of a triggering event, such as divorce. A "marriage agreement" is statutorily defined under s. 61(2); its definition is not at issue in this appeal.
- 12 While s. 61 permits parties to avoid the statutory default regime by entering into binding contractual arrangements to govern their relationship during and upon dissolution of the marriage, s. 65 limits this freedom by permitting the court to vary the contractual terms if the division of property under the agreement is unfair at the time of distribution.
- 13 Specifically, s. 65(1) provides that if the provisions for division of property between spouses either under their marriage agreement or under the statutory regime would be unfair having regard to: (a) the duration of the marriage; (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart; (c) the date when property was acquired or disposed of; (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift; (e) the needs of each spouse to

majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le contrat était inéquitable. Après avoir examiné ses clauses et les dispositions de la *FRA*, j'estime que le contrat était équitable au moment de la répartition des biens.

II. Aperçu de la Family Relations Act

La partie 5 de la *FRA* traite du partage des biens à la rupture du mariage. Elle établit des droits présumptifs qu'un tribunal peut, sur demande, examiner pour déterminer si le partage qui en résulte est équitable. Si, dans un cas donné, le partage résultant de la présomption se révèle inéquitable, il pourra faire l'objet d'une redistribution judiciaire.

Le régime que la *FRA* établit en matière de biens matrimoniaux autorise également la conclusion de contrats familiaux. En fait, s'il existe un contrat de mariage, ce sont les conditions du contrat qui établissent le droit présumptif au partage. Par conséquent, en l'absence d'un contrat de mariage, l'art. 56 établit une présomption que chacun des conjoints a droit à la moitié de chaque « bien familial » à titre de tenant commun, dès la survenance d'un événement déclencheur tel un divorce. L'expression « contrat de mariage » est définie au par. 61(2) de la Loi. Cette définition n'est toutefois pas en cause dans le présent pourvoi.

Aux termes de l'art. 61, les parties ont toute latitude de se soustraire au régime légal supplétif en prenant des arrangements contractuels exécutoires qui régiront leur relation pendant le mariage et à sa dissolution. Cependant, l'art. 65 limite cette latitude en autorisant le tribunal à modifier ces arrangements dans le cas où le partage des biens qui y est prévu se révèle inéquitable au moment d'y procéder.

Le paragraphe 65(1) prévoit notamment que, lorsque les dispositions visant le partage des biens entre les conjoints en vertu de leur contrat de mariage ou du régime légal seraient inéquitables compte tenu a) de la durée du mariage, b) de la durée de la séparation de fait, c) de la date d'acquisition ou d'aliénation du bien, d) de la mesure dans laquelle le bien a été acquis par l'un des conjoints par voie de succession ou de donation, e) du besoin de chaque conjoint de devenir ou de demeurer

become or remain economically independent and self-sufficient; or (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse, the Supreme Court, on application, may order that the property covered by such agreement or statutory regime be divided into shares fixed by the court.

Most of the provinces provide for judicial oversight of marriage agreements. For example, s. 56(4) of the Ontario's *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, permits a court to set aside a domestic contract or a provision thereof if a party failed to disclose significant assets or liabilities, if a party did not understand the nature or consequences of the contract, or otherwise, in accordance with the law of contract. See also *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2, s. 66(4); *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 55(4), for this language. The threshold in Nova Scotia is a finding that any term is "unconscionable, unduly harsh on one party or fraudulent": see *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 29. Saskatchewan allows a court to redistribute property where an inter-spousal contract was unconscionable or grossly unfair at the time it was entered into: see *Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3, s. 24(2). New Brunswick permits a court to disregard a provision of a domestic contract where a spouse did not receive independent legal advice and application of the provision would be inequitable: see *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1, s. 41. By contrast, in British Columbia, as earlier noted, a court may reapportion assets upon finding that to divide the property as provided for in the agreement or the *FRA* would be "unfair". Clearly, the statutory scheme in British Columbia sets a lower threshold for judicial intervention than do the schemes in other provinces.

économiquement indépendant et autonome, ou f) de toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou aux dettes d'un conjoint, la Cour suprême peut, sur demande, ordonner que les biens visés par ce contrat ou par ce régime légal soient répartis dans des proportions qu'elle fixe.

La plupart des provinces assujettissent les contrats de mariage à la surveillance des tribunaux. En Ontario, par exemple, le par. 56(4) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, permet à un tribunal d'annuler un contrat familial en tout ou en partie si une partie n'a pas divulgué des éléments d'actif ou de passif importants, si une partie n'a pas compris la nature ou les conséquences du contrat, ou encore pour toute autre raison découlant du droit des contrats. On trouve également ce libellé au par. 66(4) de la *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, et au par. 55(4) de la *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 12. Le critère préliminaire applicable en Nouvelle-Écosse est la conclusion qu'une clause est [TRADUCTION] « exorbitante, trop dure pour une partie ou frauduleuse » : voir l'art. 29 de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275. En Saskatchewan, le tribunal peut procéder à une redistribution des biens dans le cas où, au moment de sa conclusion, le contrat de mariage était exorbitant (« *unconscionable* ») ou créait une injustice flagrante : voir le par. 24(2) de la *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6.3. Au Nouveau-Brunswick, un tribunal peut faire abstraction d'une clause d'un contrat domestique dans le cas où l'un des conjoints n'a pas obtenu un avis juridique indépendant et où l'application de cette clause serait inéquitable : voir l'art. 41 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1. Par contre, comme nous l'avons vu, les tribunaux de la Colombie-Britannique peuvent procéder à une redistribution des biens lorsqu'ils concluent que le partage prévu au contrat ou par la *FRA* serait « inéquitable ». Le régime légal de la Colombie-Britannique établit manifestement un critère préliminaire d'intervention judiciaire moins strict que ceux qu'établissent les régimes des autres provinces.

III. Judicial History

- A. *Supreme Court of British Columbia*, [1999] B.C.J. No. 2861 (QL) and (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 110, 2001 BCSC 325

15 Although the appellant sought joint custody of the children, after considering that the parties were unable to communicate, their different parenting styles and the different roles they assumed in caring for the children, Beames J. ordered sole custody in favour of the respondent with joint guardianship of the children. On the issue of child support, despite having found the appellant's income to be in excess of \$150,000, Beames J. ordered the appellant to pay the amount set out in the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, and the extraordinary expenses until such time as the respondent began to earn in excess of \$2,000 per month.

16 In quantifying spousal support, Beames J. considered the evidence in light of the factors set out in s. 89 of the *FRA* and s. 15.2(4) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). She awarded the respondent \$2,500 per month in support, to be reduced to \$1,500 per month after the respondent received at least \$2,000 per month in employment income. In addition, the appellant was ordered to pay a lump sum to the respondent in the amount of the fees required by the Law Society in order to be reinstated as a member. Beames J. determined that, though she had been out of the work force for 12 years, the respondent had a good chance of securing employment at a reasonable rate of remuneration and left either party at liberty to apply for a review of spousal support any time after July 1, 2001. Despite this finding, Beames J. recognized that the respondent had given up her career to assume full-time responsibility for child care and homemaking, and was completely dependent on the appellant for her support. She observed further that the respondent had suffered an economic disadvantage that would continue as long as she had custodial responsibilities. The appellant, on the other hand, had pursued his practice without interruption, secure in knowing

III. Historique des procédures judiciaires

- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1999] B.C.J. No. 2861 (QL) et (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 110, 2001 BCSC 325

L'appelant a demandé la garde partagée. Cependant, après avoir constaté l'incapacité des parties de communiquer entre elles et les différences qui les séparaient quant à la façon d'élever les enfants et aux responsabilités assumées à cet égard, la juge Beames a accordé à l'intimée la garde exclusive des enfants assortie d'une tutelle conjointe. En ce qui concerne les aliments destinés aux enfants, même après avoir conclu que l'appelant touchait un revenu supérieur à 150 000 \$, la juge Beames lui a ordonné de verser le montant prévu dans les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, et de supporter les dépenses extraordinaires jusqu'à ce que l'intimée commence à toucher un revenu mensuel supérieur à 2 000 \$.

Pour établir le montant des aliments entre époux, la juge Beames a examiné la preuve à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 89 *FRA* et du par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.). Elle a accordé à l'intimée une pension alimentaire mensuelle de 2 500 \$, qui serait réduite à 1 500 \$ dès que l'intimée commencerait à toucher un revenu mensuel d'au moins 2 000 \$. Elle a, en outre, ordonné à l'appelant de verser à l'intimée un montant forfaitaire correspondant à la somme requise pour redevenir membre du Barreau. La juge Beames a conclu que, malgré ses 12 années d'absence du marché du travail, l'intimée avait de bonnes chances d'obtenir un emploi à un salaire raisonnable et elle a laissé aux parties toute latitude pour demander une révision des aliments entre époux en tout temps après le 1^{er} juillet 2001. En dépit de cette conclusion, la juge Beames a reconnu que l'intimée avait abandonné sa carrière pour s'occuper seule des enfants et des tâches ménagères, et qu'elle était entièrement à la charge de l'appelant. De plus, elle a fait observer que l'intimée avait subi un désavantage économique qui persisterait tant et aussi longtemps qu'elle aurait la garde des enfants. D'ailleurs, en s'occupant du foyer et des enfants, l'intimée avait

that the respondent was caring for the home and children. Beames J. accepted that it was improbable that the respondent would ever enjoy the appellant's earning capacity. On the other hand, she recognized that the respondent may not have attained the same earning capacity in any event.

With respect to the division of property, the appellant sought to rely upon the provisions of the Agreement. The respondent, on the other hand, denied that there was a valid marriage agreement or, in the alternative, argued that it was unenforceable as it was entered into under duress. The respondent argued in the further alternative that the Agreement was unfair and that there should be a reapportionment pursuant to the applicable provisions of the *FRA*. Reviewing the evidence surrounding the circumstances of the signing of the Agreement, Beames J. determined that the respondent failed to establish that the Agreement was unconscionable, or that it was entered into by the respondent under duress, coercion or undue influence. Beames J. did, however, conclude that the Agreement was unfair.

Beames J. examined the terms of the Agreement as well as the terms the parties had deleted from it. She also reviewed the letter the respondent received from her lawyer advising her not to sign the Agreement as it was "grossly unfair" and alerting her to the possible consequences of the unfairness. Beames J. noted that, despite this advice, no substantial changes were made to the Agreement and the appellant insisted that his original substantive proposal be accepted.

Under the terms of the Agreement, as signed by the parties, the most that the respondent could receive was a 49 percent interest in the family home (after 16 years of marriage), a joint interest in the household contents, and an interest in the family vehicles. Beames J. was struck by the fact that the Agreement provided nothing for the sacrifices that the respondent had made by giving up her own law practice and, in particular, that no provision was made for any entitlement to pension or retirement savings. By the time of separation, the terms of the Agreement provided that the respondent's interest in

permis à l'appelant de continuer à exercer le droit en toute quiétude. La juge Beames a reconnu qu'il était peu probable que l'intimée ait un jour la capacité de gain de l'appelant. Cependant, elle a ajouté que, de toute manière, l'intimée n'aurait peut-être jamais réussi à bénéficier de la même capacité de gain.

En ce qui a trait au partage des biens, l'appelant a tenté d'invoquer les clauses du contrat. Pour sa part, l'intimée a fait valoir que le contrat de mariage n'était pas valide et que, même s'il était valide, ce contrat serait inexécutoire du fait qu'il avait été conclu sous la contrainte. L'intimée a ajouté que le contrat était inéquitable et qu'il y avait lieu de procéder à une redistribution des biens conformément aux dispositions applicables de la *FRA*. Après avoir examiné la preuve relative aux circonstances ayant entouré la signature du contrat, la juge Beames a décidé que l'intimée n'avait pas prouvé que le contrat était exorbitant ou qu'elle l'avait signé sous l'effet de la contrainte, de pressions ou d'un abus d'influence. La juge Beames a cependant conclu que le contrat était inéquitable.

La juge Beames a examiné les conditions du contrat, y compris celles que les parties avaient supprimées. Elle a également pris connaissance de la lettre dans laquelle l'avocat de l'intimée l'avaisit de ne pas signer le contrat parce qu'il créait [TRADUCTION] « une injustice flagrante », et la prévenait des conséquences que pourrait avoir cette injustice. La juge Beames a constaté que cet avis n'avait donné lieu à aucune modification importante du contrat et que l'appelant avait insisté pour que sa proposition initiale soit acceptée pour l'essentiel.

D'après le contrat signé par les parties, l'intimée pouvait tout au plus détenir un intérêt de 49 pour 100 dans la résidence familiale (après 16 années de mariage), un intérêt conjoint dans les biens du ménage et un intérêt dans les véhicules automobiles familiaux. La juge Beames a été frappée par le fait que le contrat n'accordait rien en échange du sacrifice que l'intimée avait consenti en abandonnant la pratique du droit et, en particulier, par le fait qu'il ne prévoyait aucun droit à une pension ou à une épargne-retraite. Lors de la séparation, l'intimée détenait, selon le contrat, un intérêt de 27 pour 100

17

18

19

the family home was 27 percent, using a period of cohabitation following marriage of 9 years, at 3 percent per year.

- 20 Beames J. reviewed ss. 56(1), 61, 65 and 68 of the *FRA*. She held that the court may review marriage agreements to determine whether or not the terms are fair. She stated that it was critical to bear in mind that domestic contracts were not to be treated the same way as commercial contracts (*Clarke v. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383 (B.C.C.A.)), and held, at para. 57 of her 1999 judgment:

In assessing fairness in this case, the most relevant factors in my view are section 65(a), (c), (e), and (f). The duration of the marriage, excluding the period of cohabitation, the relationship [sic] was almost nine years, and including the period of cohabitation, was approximately 12½ years. This was not a short term relationship. On the other hand, the vast majority of the property was acquired by the plaintiff, prior to the commencement of his relationship with the defendant, although the property which is now the matrimonial home was acquired while the parties were cohabiting, albeit with the plaintiff's financial resources. For the reasons I have already dealt with concerning the issue of spousal support, I consider the need of the defendant to become or remain economically independent and self-sufficient to be a significant factor in this case. I am also cognizant of the evidence with respect to the defendant's efforts concerning the construction of the family home, and her involvement therein, and the effect her assumption of home and child care responsibilities and the effect that had on the plaintiff's ability to concentrate on the maintenance and improvement of his law practice.

- 21 Having concluded that the Agreement was unfair, Beames J., at para. 60 of her 1999 decision, considered the judgment in *Gold v. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165 (C.A.), at para. 36, regarding the reapportionment of property between the spouses:

With respect, unless bound by authority to decide otherwise, I would conclude that subss. (a) to (f) of s. 51 [now s. 65] provide the grounds upon which a finding of unfairness must be based, but such a finding need not lead inevitably to an equal redistribution. In many cases, equality may be the only fair result. There will, however, be other cases, with or without a marriage agreement, where only an unequal division of family assets in favour of one spouse or the other will be fair. All that *Clarke*

dans la résidence familiale fondé sur une période de cohabitation de 9 ans après le mariage, à raison de 3 pour 100 par année.

La juge Beames a examiné le par. 56(1) et les art. 61, 65 et 68 de la *FRA*. Elle a conclu que les tribunaux peuvent examiner les contrats de mariage pour déterminer s'ils sont équitables. Après avoir insisté sur l'importance de ne pas traiter les contrats familiaux de la même façon que les contrats commerciaux (*Clarke c. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383 (C.A.C.-B.)), elle a conclu au par. 57 de sa décision de 1999 :

[TRADUCTION] Pour déterminer s'il y a équité en l'espèce, les facteurs les plus pertinents sont, à mon avis, énumérés aux al. 65a), c), e) et f). Abstraction faite de la période de cohabitation, le mariage a duré presque neuf ans et, si l'on ajoute la période de cohabitation, environ 12 ans et demi. Ce n'est pas une relation de courte durée. Par ailleurs, la plupart des biens ont été acquis par le demandeur avant le début de sa relation avec la défenderesse, quoique le bien qui constitue aujourd'hui le domicile conjugal ait été acquis pendant la période de cohabitation des parties, mais encore là grâce aux ressources financières du demandeur. Pour les motifs que j'ai déjà exposés au sujet des aliments entre époux, je considère que le besoin de la défenderesse de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome est un facteur important en l'espèce. J'ai également pris connaissance de la preuve concernant les efforts que la défenderesse a déployés relativement à la construction de la résidence familiale, ainsi que sa participation à cet égard, et l'effet que sa décision de s'occuper des enfants et des tâches ménagères avait eu sur elle et sur la capacité du demandeur de se consacrer à la pratique du droit et à l'avancement de sa carrière.

Après avoir conclu que le contrat était inéquitable, la juge Beames a examiné, au par. 60 de sa décision de 1999, le par. 36 de l'arrêt *Gold c. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165 (C.A.), où il est question de la redistribution des biens entre époux :

[TRADUCTION] En toute déférence, à moins que la jurisprudence et la doctrine ne commandent le contraire, je suis d'avis de conclure que les al. a) à f) de l'art. 51 [maintenant l'art. 65] énoncent les motifs sur lesquels doit reposer une conclusion d'iniquité, mais une telle conclusion ne doit pas nécessairement mener à une redistribution en parts égales des biens. Dans bien des cas, l'égalité peut être le seul résultat équitable. Dans d'autres cas, cependant, peu importe qu'il existe ou non un contrat

[*v. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383 (B.C.C.A.)] decides is that when an agreement is unfair, the party having the advantages provided by the unfair agreement must expect that the Court will reapportion the assets for the purpose of achieving fairness. Fairness will not always be synonymous with equality.

Beames J. explained that as she did not have many of the asset valuations before her, she would merely define those assets that were family assets and, where possible, fix the percentage apportionments. On the evidence, she held that the family home, the contents, the RRSPs and savings, term deposits, the 1968 Mercedes, the Osoyoos vacation property, and the appellant's law practice were all family assets as defined by the *FRA*. The appellant's motorcycle, the lot in the State of Washington, and the appellant's interest in Commercial Appliance Centre Ltd. were held not to be family assets. Beames J. determined that the home and its contents should be divided on an equal basis. With respect to the vacation property, RRSPs and savings, and law practice, she ordered that the appellant retain 60 percent, with the respondent receiving 40 percent. The appellant was ordered to have his law corporation transfer the Ford Expedition to the respondent.

The trial judge subsequently heard evidence on the valuation of assets. On evidence that the home had depreciated in value since the date of trial, Beames J. noted that the respondent had been residing in the mortgage-free home for over three years with no rent. She was satisfied that the date of valuation should be July 1999 at a value of \$755,000. Each party's one-half interest was held to be \$377,500. Beames J. ordered that the respondent keep the family residence (by agreement of the parties), subject to a first mortgage in the amount of \$265,318 in favour of the appellant, most of its contents, and the Ford Expedition. The RRSPs were dealt with by permitting the respondent to retain those valued at \$16,391 in her own name and by ordering the appellant to roll over to the respondent RRSPs in the amount of \$87,018

de mariage, seul le partage inégal des biens familiaux au profit d'un époux sera équitable. L'arrêt *Clarke [c. Clarke* (1991), 31 R.F.L. (3d) 383 (C.A.C.-B.)] établit uniquement que la partie qui bénéficie d'un contrat inéquitable doit s'attendre à ce que le tribunal procède à une redistribution des biens afin d'assurer l'équité. L'équité n'est pas toujours synonyme d'égalité.

22

La juge Beames a expliqué que, parce qu'elle ne disposait d'aucune donnée relative à la valeur de plusieurs biens, elle se contenterait de relever les biens familiaux et, si possible, d'établir la part respective des parties. Après avoir examiné la preuve, elle a conclu que la résidence familiale et son contenu, les REER et les économies, les dépôts à terme, la Mercedes 1968, la résidence secondaire d'Osoyoos et le cabinet d'avocats de l'appelant étaient tous des biens familiaux au sens de la *FRA*. Elle n'a pas considéré que la motocyclette de l'appelant, le terrain situé dans l'État de Washington et l'intérêt détenu par l'appelant dans Commercial Appliance Centre Ltd. constituaient des biens familiaux. La juge Beames a décidé que la résidence et son contenu devaient être partagés en parts égales. En ce qui concerne la résidence secondaire, les REER, les économies et le cabinet d'avocats, elle a ordonné que l'appelant en conserve 60 pour 100 et que l'intimée reçoive une part de 40 pour 100. Elle a ordonné à l'appelant de veiller à ce que son cabinet d'avocats transfère à l'intimée la propriété du Ford Expedition.

23

La juge de première instance a subséquemment entendu la preuve relative à l'évaluation des biens. À la lumière de la preuve que la valeur de la résidence avait baissé depuis la date du procès, la juge Beames a fait remarquer que l'intimée avait habité la maison non gérée d'une hypothèque pendant plus de trois ans sans payer de loyer. Elle a estimé que la valeur de la maison devait être celle qu'elle avait en juillet 1999, soit 755 000 \$, et que chaque partie avait droit à la moitié de cette somme, soit 377 500 \$. La juge Beames a permis à l'intimée de conserver la résidence familiale (avec le consentement des parties) qui serait gérée d'une hypothèque de premier rang de 265 318 \$ en faveur de l'appelant, de même que la majeure partie de son contenu et le Ford Expedition. En ce qui concerne les REER, la juge a permis à l'intimée de

in order to effect a 60/40 division in favour of the appellant.

24 At the appellant's request, the trial judge reconsidered her previous decision with respect to the reapportionment of the appellant's law practice. She considered that the appellant had built it up before the parties had commenced their relationship, that the respondent had a law degree and was already leaving the marriage with substantial assets, and with significant child and spousal support. In deciding to maintain the original 60/40 division of this asset, Beames J. considered the factors on which she had originally relied. She weighed the evidence as to the value of the practice, including tax issues and loans, and determined that the final net value was \$261,624, to which the respondent was entitled to a 40 percent share.

25 The net effect was that the respondent received an interest in the family assets with a value of approximately \$654,000, about 46 percent of the family assets valued at approximately \$1,415,000. Under the Agreement, she would have received about 20 percent of the family assets with a value of about \$280,000.

B. *Supreme Court of British Columbia*, [2001] B.C.J. No. 2854 (QL), 2001 BCSC 1678

26 With the respondent past the probationary period at her law firm and earning a salary of \$52,000, Melnick J., on application by the appellant, ordered the spousal support of \$1,500 per month to terminate at the end of December 2002. The respondent initially appealed this decision, but filed a notice of abandonment on November 5, 2002 (following the judgment of the Court of Appeal affirming Beames J.'s order with respect to the division of family assets). Melnick J. noted that if there was some dramatic change in her circumstances as a result of the decision of the Court of Appeal with respect to the division of the parties' matrimonial assets, then

conserver ceux inscrits à son nom, qui valaient 16 391 \$, et a ordonné à l'appelant de transférer la somme de 87 018 \$ dans le REER de l'intimée de manière à réaliser un partage 60-40 en faveur de l'appelant.

La juge de première instance a réexaminé, à la demande de l'appelant, la décision qu'elle avait déjà rendue au sujet de la redistribution de son cabinet d'avocats. Elle a tenu compte du fait que l'appelant avait mis sur pied son cabinet avant le début de sa relation avec l'intimée, que l'intimée était titulaire d'un diplôme en droit et qu'elle disposait, à la fin du mariage, de biens substantiels et d'une pension alimentaire élevée pour elle et ses enfants. En décidant de maintenir le partage 60-40 prévu initialement pour ce bien, la juge Beames s'est inspirée des facteurs sur lesquels elle s'était fondée à l'origine. Elle a soupesé les éléments de preuve concernant la valeur du cabinet, y compris les questions fiscales et les emprunts, et a conclu que sa valeur finale nette était de 261 624 \$, dont 40 pour 100 revenait à l'intimée.

En fin de compte, la valeur approximative de l'intérêt que l'intimée détenait dans les biens familiaux était de 654 000 \$, soit à peu près 46 pour 100 de la valeur des biens familiaux qui était d'environ 1 415 000 \$. Aux termes du contrat, elle aurait eu droit à environ 280 000 \$, soit à peu près 20 pour 100 de la valeur des biens familiaux.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [2001] B.C.J. No. 2854 (QL), 2001 BCSC 1678

Compte tenu du fait que l'intimée avait réussi son stage à son cabinet d'avocats et qu'elle touchait un salaire de 52 000 \$, le juge Melnick a, à la demande de l'appelant, ordonné que l'intimée cesse de toucher, à la fin de décembre 2002, sa pension alimentaire mensuelle de 1 500 \$. L'intimée a d'abord porté cette décision en appel, mais elle a ensuite déposé un avis de désistement le 5 novembre 2002 (à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel confirmant la validité de l'ordonnance de la juge Beames relativement au partage des biens familiaux). Le juge Melnick a fait observer que, si l'arrêt de la Cour d'appel relatif au partage des biens matrimoniaux

it would be open to the respondent to bring a new application for spousal support.

C. *Court of Appeal for British Columbia* (2002), 6 B.C.L.R. (4th) 250, 2002 BCCA 587

(1) Rowles J.A. (Huddart J.A. concurring)

The majority found no error in principle in the approach that the trial judge took to determine whether the Agreement was unfair having regard to the factors listed in s. 65(1) of the *FRA*. Affirming that the preservation of spousal support clause should be ignored, the majority agreed with the trial judge that the most serious deficiency with the Agreement was that it failed to compensate the respondent's sacrifice in giving up her law practice and postponing her career development. Further, the Agreement did not consider sufficiently either the respondent's need to become economically independent or the contribution she made to the appellant's career by her sacrifice of career development to homemaking and child care responsibilities. Although the majority recognized that the way the issues were presented and decided at trial made it difficult to discern how the trial judge evaluated the factors she found relevant under s. 65, they found no error that would permit the court to intervene with the reapportionment that the trial judge ordered.

The court analysed the matrimonial property regime and explained, at paras. 33-34, that:

It is important to note that s. 56 of the *FRA* does not set out the *prima facie* presumption that each spouse is entitled to an undivided half interest in each family asset, subject to judicial reapportionment under the *FRA*. It states that each spouse is entitled to an undivided half interest in each family asset as a tenant in common on the occurrence of a triggering event, subject to a marriage agreement or separation agreement. The relevant question is not whether the agreement strays too far from an

entre les parties avait pour effet de modifier radicalement la situation de l'intimée, celle-ci pourrait présenter une nouvelle demande d'aliments entre époux.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2002), 6 B.C.L.R. (4th) 250, 2002 BCCA 587

(1) La juge Rowles (avec l'appui du juge Huddart)

Les juges majoritaires n'ont relevé aucune erreur de principe dans l'approche que la juge de première instance a adoptée pour déterminer si le contrat était équitable à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA*. Confirmant qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de la clause de maintien du droit aux aliments entre époux, les juges majoritaires ont souscrit à l'opinion de la juge de première instance selon laquelle la lacune la plus grave du contrat était son omission d'accorder une contrepartie pour le sacrifice que l'intimée avait consenti en abandonnant la pratique du droit et en retardant l'avancement de sa carrière. De plus, le contrat ne tenait pas suffisamment compte du besoin de l'intimée de devenir économiquement indépendante, ni de la contribution qu'elle avait apportée à la carrière de l'appelant en sacrifiant sa propre carrière aux tâches ménagères et au soin des enfants. Tout en reconnaissant que, compte tenu de la façon dont les questions avaient été présentées et tranchées au procès, il était difficile de comprendre comment la juge de première instance avait apprécié les facteurs de l'art. 65 qu'elle avait considérés comme pertinents, les juges majoritaires n'ont relevé aucune erreur justifiant de modifier la redistribution qu'elle avait ordonnée.

Après avoir analysé le régime applicable aux biens matrimoniaux, la cour a expliqué, aux par. 33-34 :

[TRADUCTION] Il importe de souligner que l'art. 56 *FRA* n'établit pas la présomption *prima facie* que chacun des conjoints a droit à la moitié indivise de chaque bien familial, sous réserve d'une redistribution judiciaire effectuée en vertu de la *FRA*. Cet article prévoit que chacun des conjoints a droit à la moitié indivise de chaque bien familial à titre de tenant commun, dès la survenance d'un événement déclencheur, sauf s'il existe un contrat de mariage ou un accord de séparation. La

27

28

equal division, but whether the agreed division is unfair in the circumstances of the spouses, considering all the factors in s. 65, and all the provisions of the agreement. If the agreed division would be unfair, the ultimate question is what variation to the agreement the listed factors require, in the context of the entire agreement, to make the property division fair.

A determination as to whether a division under a marriage agreement is unfair at the triggering event is a two-step inquiry. The first step is to determine the division of property under the agreement. The next step is to determine whether that division would be unfair having regard to the factors set down in s. 65. At the second step, the court must take into account all the provisions of the agreement, including any that relate to spousal support or provide a future income stream by some other vehicle. Trusts, insurance, deferred annuities, and pensions come to mind. The court must also be mindful of the context in which the agreement was made.

29 On the issue of fairness, generally, the majority stated, at paras. 61 and 64, that:

What the parties view as fair at the time of executing the agreement may become unfair as the relationship evolves, and as circumstances change. It does not follow that the agreement, and the considerations underlying it, can be ignored. . . .

The fairness of a marriage agreement at the time it was made may be an important factor to consider in reapportionment. If an agreement was fair in the circumstances of the parties when it was made and subsequent, unforeseen circumstances make it unfair, the extent of the variation may be limited to that required to redress the unfairness that change produced. [Emphasis added.]

30 The majority also held that while the court should respect private agreements, particularly where they are negotiated with legal advice, common sense dictates that there is a difference between a separation agreement and a marriage agreement. In their opinion, however, even an unfair marriage agreement merits deference. The question really comes down to what level of deference is appropriate.

question est de savoir non pas si le contrat s'écarte trop du partage égal des biens, mais plutôt si le partage convenu est inéquitable pour les époux eu égard à l'ensemble des facteurs énumérés à l'art. 65 et des clauses du contrat. S'il y a iniquité, il faut se demander, en définitive, quelle modification s'impose — à la lumière des facteurs énumérés et de tout le contrat — pour rendre le partage des biens équitable.

Il faut procéder à un examen en deux étapes pour décider si le partage prévu au contrat de mariage est inéquitable au moment où survient l'événement déclencheur. La première étape consiste à déterminer quel partage des biens est prévu au contrat. La deuxième étape consiste à déterminer si ce partage serait inéquitable eu égard aux facteurs énumérés à l'art. 65. À cette étape, le tribunal doit tenir compte de toutes les clauses du contrat, y compris celles qui se rapportent aux aliments entre époux ou qui assurent, par tout autre moyen, une future source de revenus. Fiducies, assurances, rentes différenciées et pensions viennent à l'esprit. Le tribunal doit également avoir à l'esprit le contexte dans lequel le contrat a été conclu.

Au sujet de la question de l'équité, en général, les juges majoritaires ont affirmé, aux par. 61 et 64 :

[TRADUCTION] Ce qui était équitable pour les parties à la conclusion du contrat peut devenir inéquitable au fur et à mesure que leur relation et leur situation évoluent. On ne saurait pour autant passer outre au contrat et aux considérations qui le sous-tendent. . . .

L'équité du contrat de mariage au moment de sa conclusion peut représenter un élément important que l'on doit prendre en considération en effectuant une redistribution. Si un contrat était équitable pour les parties au moment de sa conclusion et que des circonstances imprévisibles subséquentes le rendent inéquitable, il peut être modifié dans la mesure nécessaire pour corriger l'iniquité engendrée par ce changement. [Je souligne.]

Les juges majoritaires étaient aussi d'avis que, même si la cour doit respecter les contrats privés, particulièrement ceux négociés sur la foi de conseils juridiques, il doit logiquement y avoir une différence entre un accord de séparation et un contrat de mariage. Cependant, ils estiment que même un contrat de mariage inéquitable mérite d'être traité avec déférence. En réalité, il s'agit de déterminer le degré de déférence qui convient.

(2) Thackray J.A. (dissenting)

Thackray J.A. agreed that the Agreement was unfair, but he found that the trial judge erred by failing to give any deference to the Agreement. In his opinion, this led to an unfair reapportionment of the family assets. He noted that the intention of the parties was not only spelled out in the Agreement but was demonstrated during their marriage. In his view, people should be encouraged to resolve their marital economic issues by way of contract and that their initiative should be respected. Further, he stated that the courts should promote the view that once an agreement is reached, the parties are expected to fulfill the obligations they have undertaken.

Thackray J.A. also agreed that marriage agreements are different from separation agreements in that marriage agreements may become unfair over the passage of time. Even so, in his view, marriage agreements and the considerations underlying them cannot be ignored.

Thackray J.A. held that the legislative concept of fairness supported the trial judge's decision regarding the family home and its contents, the RRSPs, motor vehicles and savings. Nevertheless, he would have left the rest of the Agreement intact which, according to his calculation, would result in approximately \$525,000 or about 37 percent of the family assets being awarded to the respondent. In his opinion, such a division would provide the respondent with sufficient funds to re-establish herself, resolve the unfairness of the Agreement and, in deference to the Agreement, leave the appellant's law firm in his hands.

IV. Analysis**A. *The Purpose of the FRA***

The primary policy objective guiding the courts' role in a division of property on marital breakdown in British Columbia is fairness.

(2) Le juge Thackray (dissident)

31

Le juge Thackray était d'accord pour dire que le contrat était inéquitable, mais il a conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en ne faisant pas montre de déférence à l'égard du contrat. Il estimait qu'il en avait résulté une redistribution inéquitable des biens familiaux. Il a souligné que les parties n'avaient pas seulement exprimé leur intention dans le contrat, mais qu'elles l'avaient démontrée tout au long de leur mariage. Selon lui, il faut encourager les gens à régler leur situation économique matrimoniale par voie contractuelle, et respecter les mesures qu'ils prennent à cet égard. Il a ajouté que les tribunaux devraient promouvoir l'idée que les parties qui concluent un contrat sont censées s'acquitter des obligations qui leur incombent aux termes du contrat.

32

Le juge Thackray était également d'avis que les contrats de mariage sont différents des accords de séparation du fait qu'ils peuvent devenir inéquitables au fil des ans. Il croyait malgré tout qu'on ne saurait passer outre aux contrats de mariage et aux considérations qui les sous-tendent.

33

Le juge Thackray a conclu que le concept législatif d'équité étayait la décision de la juge de première instance concernant la résidence familiale et son contenu, les REER, les véhicules automobiles et les économies. Il se serait néanmoins abstenu de modifier le reste du contrat qui, d'après ses calculs, lui aurait donné droit à environ 525 000 \$, soit à peu près 37 pour 100 de la valeur des biens familiaux. À son avis, un tel partage aurait permis à l'intimée de disposer de suffisamment de fonds pour prendre un nouveau départ, corriger l'iniquité du contrat et en respecter les clauses en laissant à l'appelant son cabinet d'avocats.

IV. Analyse**A. *L'objet de la FRA***

34

L'équité est le principal objectif d'intérêt public qui guide les tribunaux en matière de partage des biens à la rupture du mariage en Colombie-Britannique.

35

The *FRA* explicitly recognizes marriage agreements as a mechanism to govern a division of property upon the dissolution of marriage. To be enforceable, however, any such agreement must operate fairly at the time of distribution. If it does not, judicial reapportionment of property will be available to achieve fairness.

36

To give effect to legislative intention, courts must encourage parties to enter into marriage agreements that are fair, and to respond to the changing circumstances of their marriage by reviewing and revising their own contracts for fairness when necessary. Conversely, in a framework within which private parties are permitted to take personal responsibility for their financial well-being upon the dissolution of marriage, courts should be reluctant to second-guess the arrangement on which they reasonably expected to rely. Individuals may choose to structure their affairs in a number of different ways, and it is their prerogative to do so: see generally *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 CSC 83.

37

It is important to note at this point that while both the parties and the courts speak of the contract being fair or unfair, it is really the apportionment under the contract that is under scrutiny. One must be careful when suggesting that the contract is unfair not to inadvertently suggest bad faith, or an intention on the part of one or both parties to cheat. At no point have allegations of this sort been made. One must instead consider the fairness of the division of property as contracted under the marriage agreement at a specific point in time. The provisions of a contract could well be fair if the marriage lasted one year and unfair if the marriage lasted 30 years.

B. *Marriage Agreements vs. Separation Agreements*

38

Marital cases must reconcile respect for the parties' intent, on the one hand, and the assurance of an equitable result, on the other. The parties here adopted opposite views as to the degree of deference to be afforded marriage agreements; the appellant submitted that more and the respondent

La *FRA* reconnaît explicitement la validité du contrat de mariage comme mécanisme de gestion du partage des biens à la dissolution du mariage. Cependant, pour être exécutoire, un tel contrat doit être équitable, sans quoi un tribunal pourra redistribuer les biens de manière à réaliser un partage équitable.

Pour donner effet à l'intention du législateur, les tribunaux doivent encourager les parties à conclure des contrats de mariage équitables et réagir aux changements de circonstances de leur mariage en procédant, si nécessaire, à l'examen et à la révision de leurs contrats afin d'en assurer l'équité. À l'inverse, lorsqu'il est loisible aux particuliers de veiller eux-mêmes à leur bien-être financier à la dissolution du mariage, les tribunaux doivent hésiter à remettre en question l'arrangement que ces particuliers s'attendaient raisonnablement à invoquer. Les gens peuvent choisir d'organiser leurs affaires de maintes façons, et c'est là leur droit le plus strict : voir, de manière générale, l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83.

Il importe ici de souligner que, bien que les parties et les tribunaux parlent du caractère équitable ou inéquitable du contrat, c'est, en réalité, le partage prévu au contrat qui est examiné. En indiquant qu'un contrat est inéquitable, il faut prendre garde de laisser entendre, par inadvertance, que l'une ou l'autre partie à ce contrat, ou les deux à la fois, ont fait preuve de mauvaise foi ou qu'elles avaient l'intention de tricher. En aucun temps, des allégations de cette nature n'ont été formulées. Il faut plutôt se demander si le partage des biens prévu au contrat de mariage est équitable à un moment donné. Les clauses du contrat peuvent fort bien être équitables si le mariage dure un an et inéquitables s'il dure 30 ans.

B. *Contrats de mariage par opposition à accords de séparation*

En matière matrimoniale, il faut concilier la nécessité de respecter l'intention des parties, d'une part, et celle d'assurer un résultat équitable, d'autre part. En l'espèce, les parties ont adopté des points de vue divergents au sujet du degré de déférence requis dans le cas d'un contrat de mariage. L'appelant a

submitted that less deference should be paid to marriage agreements than to separation agreements.

This Court has not established, and in my opinion should not establish, a “hard and fast” rule regarding the deference to be afforded to marriage agreements as compared to separation agreements. In some cases, marriage agreements ought to be accorded a greater degree of deference than separation agreements. Marriage agreements define the parties’ expectations from the outset, usually before any rights are vested and before any entitlement arises. Often, perhaps most often, a desire to protect pre-acquired assets or an anticipated inheritance for children of a previous marriage will be the impetus for such an agreement. Separation agreements, by contrast, purport to deal with existing or vested rights and obligations, with the aggrieved party claiming he or she had given up something to which he or she was already entitled with an unfair result. In other cases, however, marriage agreements may be accorded less deference than separation agreements. The reason for this is that marriage agreements are anticipatory and may not fairly take into account the financial means, needs or other circumstances of the parties at the time of marriage breakdown. See M. Shaffer and D. S. Melamed, “Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B.: A New Trilogy?” (1999), 16 *Can. J. Fam. L.* 51, at pp. 67-68; *Payne on Divorce* (4th ed. 1996), at pp. 307-8.

C. *Miglin v. Miglin and the Issue of Deference*

In addressing the issue of deference, this Court may apply *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 CSC 24, for its general legal proposition that some weight should be given to marriage agreements. *Miglin* raised the question of the proper weight to be given to a separation agreement that one of the parties subsequently wishes to have modified through an initial application in court for support. In that case, the agreement in issue was a separation agreement and the relevant provision

prétendu qu’il y avait lieu de faire montre d’une déférence plus grande à l’égard des contrats de mariage qu’à l’égard des accords de séparation, alors que l’intimée a fait valoir le contraire.

Notre Cour n’a pas établi de règle absolue, et ne doit pas le faire à mon avis, au sujet de la déférence requise dans le cas d’un contrat de mariage comparativement à celle requise dans le cas d’un accord de séparation. Les contrats de mariage doivent, dans certains cas, être traités avec une déférence plus grande que les accords de séparation. Les contrats de mariage précisent les attentes des parties au départ, généralement avant l’acquisition ou la naissance de droits. Souvent, voire la plupart du temps, un tel contrat est motivé par la volonté de protéger des biens déjà acquis ou un héritage destiné aux enfants issus d’un mariage antérieur. En revanche, les accords de séparation sont censés porter sur des obligations et des droits acquis ou existants, la partie lésée soutenant qu’elle a renoncé à une chose à laquelle elle avait droit et qu’il en a résulté une injustice. Dans d’autres cas, toutefois, les contrats de mariage peuvent être traités avec moins de déférence que les accords de séparation. Cela s’explique par le fait qu’ils sont conclus par anticipation et qu’il se peut qu’ils ne tiennent pas dûment compte des moyens financiers, des besoins ou, à d’autres égards, de la situation des parties à la rupture du mariage. Voir M. Shaffer et D. S. Melamed, « Separation Agreements Post-Moge, Willick and L.G. v. G.B. : A New Trilogy? » (1999), 16 *Rev. Can. D. Fam.* 51, p. 67-68; *Payne on Divorce* (4^e éd. 1996), p. 307-308.

C. *L’arrêt Miglin c. Miglin et la question de la déférence*

En examinant la question de la déférence, notre Cour peut s’appuyer sur l’arrêt *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24, eu égard à sa proposition juridique générale qu’il y a lieu d’accorder un certain poids aux contrats de mariage. Dans l’arrêt *Miglin*, la Cour était appelée à décider du poids qui doit être accordé à une entente alimentaire entre époux que l’une des parties souhaite, par la suite, faire modifier en commençant par présenter une telle demande d’aliments au tribunal. Dans cette

was s. 15.2 of the *Divorce Act*. At paras. 45 and 46 of *Miglin*, in addressing the proper weight to be accorded to the agreement, Arbour J. and I stated:

... the answer to these questions does not lie in adopting a near-impermeable standard such that a court will endorse any agreement, regardless of the inequities it reveals. Neither, however, does the solution lie in unduly interfering with agreements freely entered into and on which the parties reasonably expected to rely. . . .

Nevertheless, the language and purpose of the 1985 [Divorce] Act militate in favour of a contextual assessment of all the circumstances. This includes the content of the agreement, in order to determine the proper weight it should be accorded in a s. 15.2 application. In exercising their discretion, trial judges must balance Parliament's objective of equitable sharing of the consequences of marriage and its breakdown with the parties' freedom to arrange their affairs as they see fit. Accordingly, a court should be loathe to interfere with a pre-existing agreement unless it is convinced that the agreement does not comply substantially with the overall objectives of the Divorce Act. [Emphasis added.]

At para. 67, we continue by stating:

... we are of the view that there is nevertheless a significant public interest in ensuring that the goal of negotiated settlements not be pursued, through judicial approbation of agreements, with such a vengeance that individual autonomy becomes a straitjacket. Therefore, assessment of the appropriate weight to be accorded a pre-existing agreement requires a balancing of the parties' interest in determining their own affairs with an appreciation of the peculiar aspects of separation agreements generally and spousal support in particular.

41

At paras. 79 to 91, we set out a two-stage approach requiring that courts look first to the circumstances of the negotiation and execution of the agreement to determine if one party took advantage of the other's vulnerability, or if the substance of the agreement at formation failed to comply substantially with the general objectives of the *Divorce Act*. Second, viewed from the time the application is made, courts should inquire if the agreement still

affaire, il était question d'accord de séparation et la disposition applicable était l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*. Aux paragraphes 45-46, la juge Arbour et moi-même avons tenu les propos suivants quant au poids à accorder à l'accord :

... la réponse à ces questions n'est pas dans l'adoption d'une norme quasi imperméable qui amènera le tribunal à entériner toute entente sans égard aux iniquités qu'elle comporte. La réponse n'est pas non plus dans l'intervention indue dans des ententes librement conclues et sur lesquelles les parties pensaient raisonnablement pouvoir compter. . . .

Malgré tout, le libellé et l'objet de la Loi de 1985 [sur le divorce] militent en faveur d'une appréciation contextuelle de l'ensemble de la situation. Cela inclut le contenu de l'entente, afin de déterminer le poids à lui accorder dans une demande fondée sur l'art. 15.2. Dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges de première instance doivent soupeser l'objectif législatif du partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec, et la liberté des parties de régler leurs affaires comme elles l'entendent. En conséquence, le tribunal devrait hésiter à intervenir dans une entente préexistante, à moins d'être convaincu que l'entente n'est pas conforme pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi sur le divorce. [Je souligne.]

Nous avons ajouté, au par. 67 :

... nous sommes d'avis qu'il est nettement dans l'intérêt public de veiller à ce que l'objectif des règlements négociés ne soit pas poursuivi, par le truchement de l'approbation judiciaire des ententes, avec une ardeur telle que l'autonomie individuelle devienne un carcan. Par conséquent, pour évaluer le poids à donner à un accord préexistant, il faut mettre en balance l'intérêt des parties à régler leurs propres affaires et les aspects propres aux accords de séparation en général et aux aliments entre époux en particulier.

Aux paragraphes 79 à 91, nous énonçons une approche en deux étapes selon laquelle les tribunaux doivent d'abord examiner les circonstances ayant entouré la négociation et la conclusion de l'accord afin de déterminer si une partie a profité de la vulnérabilité de l'autre ou, si au moment de la formation de l'accord, le contenu de cet accord contrecarrait pour l'essentiel les objectifs généraux de la *Loi sur le divorce*. Les tribunaux doivent

reflects the original intentions of the parties and if it is still in substantial compliance with the objectives of the *Divorce Act*.

The appellant seeks to rely on *Miglin*, *supra*, suggesting that the same process be followed in assessing the fairness of marriage agreements under the *FRA*. I agree that *Miglin* is helpful for its general propositions that “a court should be loathe to interfere with a pre-existing agreement unless it is convinced that the agreement does not comply substantially with the overall objectives” of the Act in question (para. 46), and that “[t]he court must not view spousal support arrangements in a vacuum, . . . it must look at the agreement or arrangement in its totality, bearing in mind that all aspects of the agreement are inextricably linked and that the parties have a large discretion in establishing priorities and goals for themselves” (para. 84). However, in my opinion, adopting *Miglin* without qualification would distort the analytical structure already provided in the British Columbia legislation.

In the very recent case of *N. (D.K.) v. O. (M.J.)* (2003), 41 R.F.L. (5th) 142, at para. 26, the Court of Appeal for British Columbia held that “an agreement may be unfair as contemplated by s. 65(1) not only in its formation, but in its operation”. In that case, the agreement’s provisions might have been fair had the parties’ post-separation lives unfolded as originally anticipated. However, changes in plans resulted in the wife bearing the financial brunt of the breakdown. Court intervention to ensure fairness was warranted. That case, in my opinion, is factually distinguishable from the case at bar. However, it is helpful in highlighting the relevant inquiry under s. 65(1), namely, the operation of the contract. The court must determine whether the marriage agreement is substantively fair when the application for reapportionment is made. The essence of this inquiry is whether the circumstances of the parties at the time of separation were within the reasonable contemplation of the parties at the time the agreement was formed, and, if so, whether at that time the parties made adequate arrangements in response to

ensuite vérifier si, au moment de la présentation de la demande, l’accord reflète encore l’intention initiale des parties et si, pour l’essentiel, il est toujours conforme aux objectifs de la *Loi sur le divorce*.

En tentant d’invoquer l’arrêt *Miglin*, précité, l’appelant indique qu’il y a lieu de procéder de la même manière pour apprécier l’équité des contrats de mariage conclus sous le régime de la *FRA*. Je conviens que l’arrêt *Miglin* est utile du fait qu’il précise, de manière générale, que « le tribunal devrait hésiter à intervenir dans une entente préexistante, à moins d’être convaincu que l’entente n’est pas conforme pour l’essentiel aux objectifs généraux » de la loi en question (par. 46) et que « [l]es arrangements alimentaires entre époux ne doivent pas être envisagés dans l’abstrait; le tribunal doit examiner l’accord ou l’arrangement dans son ensemble, sans perdre de vue que tous les aspects de l’accord sont inextricablement liés et que les parties disposent d’une grande latitude pour établir leurs priorités et leurs objectifs » (par. 84). Cependant, j’estime qu’on déformerait la structure analytique déjà établie dans la loi de la Colombie-Britannique si l’on suivait sans réserve l’arrêt *Miglin*.

42

Tout récemment, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué, au par. 26 de l’arrêt *N. (D.K.) c. O. (M.J.)* (2003), 41 R.F.L. (5th) 142, qu’[TRADUCTION] « un contrat peut être inéquitable au sens du par. 65(1) non seulement au moment de sa formation, mais aussi lorsque vient le temps de l’appliquer ». Dans cette affaire, les clauses du contrat auraient pu être équitables si la vie des parties après la séparation avait été comme elles l’avaient prévu au départ. Cependant, des changements de projets ont fait en sorte que c’est l’épouse qui a été la plus durement touchée sur le plan financier à la suite de la rupture. La cour était justifiée d’intervenir pour assurer l’équité. J’estime que, de par ses faits, cette affaire se distingue de celle dont nous sommes saisis en l’espèce. Elle est toutefois utile pour mettre en lumière l’élément sur lequel doit porter l’examen fondé sur le par. 65(1), à savoir l’application du contrat. Le tribunal doit déterminer si le contrat de mariage est substantiellement équitable au moment de la présentation de la demande de redistribution. Pour ce faire, il doit essentiellement se demander

43

these anticipated circumstances. As Arbour J. and I stated at paras. 88 and 89 of *Miglin, supra*:

We note that it is unlikely that the court will be persuaded to disregard the agreement in its entirety but for a significant change in the parties' circumstances from what could reasonably be anticipated at the time of negotiation. Although the change need not be "radically unforeseen", and the applicant need not demonstrate a causal connection to the marriage, the applicant must nevertheless clearly show that, in light of the new circumstances, the terms of the agreement no longer reflect the parties' intentions at the time of execution and the objectives of the Act. Accordingly, it will be necessary to show that these new circumstances were not reasonably anticipated by the parties, and have led to a situation that cannot be condoned.

We stress that a certain degree of change is foreseeable most of the time. . . . The test here is not strict foreseeability; a thorough review of case law leaves virtually no change entirely unforeseeable. The question, rather, is the extent to which the unimpeachably negotiated agreement can be said to have contemplated the situation before the court at the time of the application.

See also *Miglin*, at paras. 56, 63 and 87.

44

Thus, the determination that a marriage agreement operates fairly or unfairly at the time of distribution cannot be made without regard to the parties' perspectives. A contract governing the distribution of property between spouses reflects what the parties believed to be fair at the time the contract was formed (presuming the absence of duress, coercion, and undue influence). The parties would usually not be expected to deal with their present situation without any consideration of how they expect their situation will evolve over time. If the parties' lives unfold in precisely the manner they had contemplated at the time of contract formation, then a finding that the contract operates unfairly at the time of distribution constitutes, in essence, a substitution of the parties' notion of fairness with the court's notion of

si, au moment de la formation du contrat, les parties pouvaient raisonnablement prévoir dans quelle situation elles seraient au moment de leur séparation et, le cas échéant, si elles ont alors pris des mesures adéquates pour réagir à la situation anticipée. Comme la juge Arbour et moi-même l'avons affirmé, aux par. 88-89 de l'arrêt *Miglin*, précité :

Nous signalons qu'il est peu probable que le tribunal se laisse convaincre d'écartier totalement l'accord en l'absence de changement important dans la situation des parties par rapport à ce qu'on pouvait raisonnablement prévoir au moment de la négociation. Quoique le changement n'ait pas à être « radicalement imprévisible » et qu'il n'y ait pas à établir le lien de causalité avec le mariage, le requérant doit néanmoins démontrer clairement que, compte tenu des nouvelles circonstances, les modalités de l'accord ne traduisent plus ce qu'était la volonté des parties au moment où il a été conclu, ni les objectifs de la Loi. Il sera donc nécessaire de démontrer que ces nouvelles circonstances ne pouvaient raisonnablement pas être prévues par les parties et qu'elles ont mené à une situation qui ne peut être tolérée.

Nous tenons à souligner que, dans la plupart des cas, un certain degré de changement est prévisible. [...] Le critère applicable n'est pas l'imprévisibilité absolue; un examen approfondi de la jurisprudence révèle que pratiquement aucun changement n'est entièrement imprévisible. Il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure on peut dire que l'accord négocié de façon irréprochable a envisagé la situation qui est présentée à la Cour au moment de la demande.

Voir également l'arrêt *Miglin*, par. 56, 63 et 87.

Ainsi, pour déterminer si un contrat de mariage est équitable ou inéquitable au moment de la répartition des biens, il faut tenir compte du point de vue des parties. Le contrat qui régit le partage des biens entre époux reflète ce que ceux-ci jugeaient équitable au moment de le former (en supposant qu'ils n'agissaient pas sous l'effet de la contrainte, de pressions et d'un abus d'influence). Les parties ne sont généralement pas censées régler leur situation présente sans tenir compte de la façon dont ils s'attendent à ce que leur situation évolue au fil des ans. Si la vie des parties évolue exactement comme elles l'avaient prévu à la formation du contrat, conclure que le contrat est inéquitable au moment de la répartition des biens revient essentiellement à substituer la conception d'équité du tribunal à celle des

fairness, providing that nothing else would suggest that the parties did not really consider the impact of their decision in a rational and comprehensive way. Thus, central to any analysis under s. 65(1) of the *FRA* is consideration of how accurately the parties predicted, at the time of contract formation, their actual circumstances at the time of distribution, whether they truly considered the impact of their decision and whether they adjusted their agreement during the marriage to meet the demands of a situation different from the one expected, either because the circumstances were different or simply because implications were inadequately addressed or proved to be unrealistic.

In the present case, the majority of the Court of Appeal refers to a change in circumstances or subsequent, unforeseen circumstances as a reason why a marriage agreement that was fair at the time of its execution may no longer be fair at the time of separation. This accords with the approach adopted in *Miglin, supra*. But the majority of the court failed to recognize that this criterion is not a factor in the case at bar. At the time of the triggering event, both the financial and domestic arrangements between the appellant and the respondent were unfolding just as the parties had expected. With respect to their financial arrangement, they were living out their intention to "remain completely independent of the other as regard to their own property, both real and personal". There was no commingling of funds, there were no joint accounts of significant value, and the assets that the appellant brought into the marriage remained in his name. On a personal level, as planned, the appellant and respondent had a second child and, as decided by the respondent, she did not resume her position at the law firm but remained at home to raise their two children.

Where, as in the present case, the parties have anticipated with accuracy their personal and financial circumstances at the time of distribution, and where they have truly considered the impact of their choices, then, without more, a finding that their Agreement operates unfairly should not be

parties, pourvu que rien d'autre n'indique que les parties n'ont pas vraiment rationnellement et complètement tenu compte de l'effet qu'aurait leur décision. En procédant à une analyse fondée sur le par. 65(1) *FRA*, il est donc primordial d'examiner si, au moment de la répartition des biens, les parties se trouvaient dans la situation qu'elles avaient prévue lors de la formation du contrat, si elles ont vraiment pris en considération l'effet qu'aurait leur décision et si, durant leur mariage, elles ont dû ajuster leur contrat en fonction d'une situation différente de celle qu'elles avaient anticipée, soit en raison d'un changement de circonstances, soit simplement parce qu'elles n'ont pas considéré suffisamment ou d'une manière réaliste les conséquences de leurs choix.

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel expliquent qu'un changement de circonstances ou des circonstances imprévisibles subséquentes peuvent avoir pour effet de rendre inéquitable, au moment de la séparation, un contrat de mariage qui était équitable au moment de sa conclusion. Cela est compatible avec l'approche adoptée dans l'arrêt *Miglin*, précité. Cependant, les juges majoritaires n'ont pas reconnu que ce critère n'est pas pertinent en l'espèce. Au moment où l'événement déclencheur est survenu, les arrangements financiers et familiaux pris par l'appelant et l'intimée étaient conformes à ce qu'ils avaient prévu. Pour ce qui est de leurs arrangements financiers, ils étaient, conformément à leur intention, [TRADUCTION] « entièrement indépendants l'un de l'autre en ce qui avait trait à leurs propres biens, tant meubles qu'immeubles ». Il n'y avait aucune confusion de fonds, aucun compte conjoint d'une valeur appréciable et les biens que possédait l'appelant avant de se marier étaient restés à son nom. Sur le plan personnel, l'appelant et l'intimée avaient eu un deuxième enfant comme prévu et l'intimée avait, de son propre gré, décidé de rester à la maison pour élever leurs deux enfants au lieu de réintégrer son emploi au sein du cabinet d'avocats.

Lorsque, comme en l'espèce, les parties ont prévu avec exactitude quelle serait leur situation personnelle et financière au moment de la répartition des biens et qu'elles ont vraiment pris en considération l'incidence de leurs choix, il n'y a pas lieu de se contenter de conclure à la légère que leur contrat

made lightly. This does not mean that no attention should be given to the possible deficit in the assets and future income of the spouse who chose to stay at home and facilitate the professional development of the other spouse, compared to what they would realistically have been otherwise. Section 65 mandates as much. A fair distribution of assets must of course take into account sacrifices made and their impact, the situation of the parties at the time of distribution, their age, education and true capacity to reintegrate into the work force and achieve economic independence in particular. But this must be done in light of the personal choices made and of the overall situation considering all property rights under the marriage agreement and other entitlements. In the present case, the main feature of the Agreement was the desire that each spouse retain the assets earned before the marriage, sharing equitably assets acquired afterwards being the rule. This will be fair on dissolution of the marriage if Mrs. Hartshorne is not left without means and facing true hardship in reclaiming her professional status and income, in light also of her parental obligations. Consideration must be given to the actual situation as it unfolded. I am not inattentive to the systemic problems discussed in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, and agree that the Court must proceed with caution in applying s. 65. But, ultimately, it is fairness between the parties that is at issue here.

est inéquitable. Cela ne signifie pas qu'il faut passer sous silence la possibilité que l'actif et les revenus futurs de l'époux qui a choisi de rester au foyer et de faciliter l'avancement de la carrière de l'autre époux soient moindres que ceux dont il aurait pu disposer, de façon réaliste, si les choses s'étaient passées autrement. C'est ce qu'exige l'art. 65. Il est évident qu'une répartition équitable des biens doit tenir compte de la nature et de l'incidence des sacrifices consentis, de la situation des parties au moment de la répartition des biens, de leur âge, de leur niveau de scolarité ainsi que de leur capacité réelle de réintégrer le marché du travail et, en particulier, de devenir économiquement indépendantes. Cependant, cette répartition doit en même temps tenir compte des choix personnels qui ont été faits et de l'ensemble de la situation, dont tous les droits de propriété découlant du contrat de mariage et les autres droits émanant d'autres sources. En l'espèce, le contrat était principalement caractérisé par la volonté des époux de conserver les biens qu'ils avaient respectivement acquis avant le mariage et, en règle générale, de partager équitablement les biens acquis par la suite. Ce contrat sera équitable à la dissolution du mariage si Mme Hartshorne ne se retrouve pas sans moyens et n'a pas vraiment de difficulté à réintégrer sa profession et à recommencer à toucher un revenu, en raison notamment de ses obligations parentales. Il faut examiner la situation dans laquelle les parties se sont vraiment retrouvées. Je suis conscient des problèmes systémiques analysés dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, et je conviens que le tribunal doit appliquer l'art. 65 avec prudence. Mais, en définitive, c'est de l'équité entre les parties qu'il est question ici.

47

The ultimate point then is this: in determining whether a marriage agreement operates unfairly, a court must first apply the agreement. In particular, the court must assess and award those financial entitlements provided to each spouse under the agreement, and other entitlements from all other sources, including spousal and child support. The court must then, in consideration of those factors listed in s. 65(1) of the *FRA*, make a determination as to whether the contract operates unfairly. At this second stage, consideration must be given to the parties' personal and financial circumstances, and

Là où je veux en venir, en fin de compte, c'est que, pour déterminer si un contrat de mariage est inéquitable, le tribunal doit commencer par l'appliquer. En particulier, il doit déterminer et attribuer à chaque époux ce à quoi il a droit, sur le plan financier, en vertu du contrat, en plus de tenir compte des autres droits émanant d'autres sources, dont les aliments entre époux et ceux payables aux enfants. Le tribunal doit ensuite décider si le contrat est inéquitable à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA*. À cette deuxième étape, il faut prendre en considération la situation personnelle et financière des

in particular to the manner in which these circumstances evolved over time. Where the current circumstances were within the contemplation of the parties at the time the Agreement was formed, and where their Agreement and circumstances surrounding it reflect consideration and response to these circumstances, then the plaintiff's burden to establish unfairness is heavier. Thus, consideration of the factors listed in s. 65(1) of the *FRA*, taken together, would have to reveal that the economic consequences of the marriage breakdown were not shared equitably in all of the circumstances. This approach, in my view, accords with the underlying principle of the *FRA*, striking an appropriate balance between deference to the parties' intentions, on the one hand, and assurance of an equitable result, on the other.

D. Section 65 Factors

Section 65 provides a list of factors for courts to consider when assessing the fairness of a marriage agreement governing a division of property. In assessing fairness in this case, Beames J. held that the most relevant factors were those listed in s. 65(1)(a), (c), (e), and (f), namely, the duration of the marriage; the date when property was acquired or disposed of; the needs of each spouse to become or remain economically independent and self-sufficient; and, any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse, respectively.

The duration of the marriage, excluding the period of cohabitation, was almost nine years, and including the period of cohabitation, was approximately 12½ years. As noted by Beames J., “[t]his was not a short term relationship” (para. 57 of her 1999 decision). However, in my view, the duration of the marriage cannot be considered apart from the date at which property was acquired. In this regard, it is noteworthy that the vast majority of the property was acquired by the appellant prior to the commencement of his relationship with the respondent. Even the property that was acquired while the parties were cohabiting and that became the matrimonial home was purchased with the

parties et, en particulier, la façon dont cette situation a évolué au fil des ans. Le fardeau qui incombe au demandeur d'établir l'existence d'une iniquité est plus lourd lorsqu'il ressort du contrat et des circonstances ayant entouré sa formation que les parties ont prévu, au départ, la situation dans laquelle elles se trouvent aujourd'hui et qu'elles ont alors réagi en conséquence. L'examen de l'ensemble des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA* devrait donc révéler l'absence de partage équitable de toutes les conséquences économiques de la rupture du mariage. Cette approche est, à mon avis, conforme au principe qui sous-tend la *FRA*, soit la nécessité de concilier le devoir de respecter l'intention des parties, d'une part, et celui d'assurer un résultat équitable, d'autre part.

D. Les facteurs énumérés à l'art. 65

L'article 65 établit une liste de facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte pour décider si un contrat de mariage régissant le partage des biens est équitable. En l'espèce, la juge Beames a conclu que les facteurs les plus utiles pour procéder à l'examen de l'équité du contrat étaient ceux énoncés aux al. 65(1)a, c, e) et f), à savoir la durée du mariage, la date d'acquisition ou d'aliénation du bien, le besoin de chaque conjoint de devenir ou de demeurer économiquement indépendant et autonome, et toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien ou aux moyens ou aux dettes d'un conjoint.

Abstraction faite de la période de cohabitation, le mariage a duré presque neuf ans et, si l'on ajoute la période de cohabitation, environ 12 ans et demi. Comme l'a fait remarquer la juge Beames, [TRADUCTION] « [c]e n'est pas une relation de courte durée » (par. 57 de sa décision de 1999). J'estime cependant qu'il ne faut pas prendre en considération la durée du mariage sans tenir compte également de la date d'acquisition des biens en cause. À cet égard, il convient de noter que la plupart des biens ont été acquis par l'appellant avant le début de sa relation avec l'intimée. Ce sont également les ressources financières dont l'appellant disposait auparavant qui ont permis aux

appellant's earlier financial resources. In summary, the appellant brought into the marriage assets valuing approximately \$1.6 million, including a home, two recreational properties, RRSPs and savings and his law practice. The respondent did not bring any assets into the marriage, but instead entered the relationship heavily in debt.

50 Beames J. was of the view that the need of the respondent to become or remain economically independent and self-sufficient was a significant factor in this case. The respondent had given up her career to assume full time responsibility for child care and homemaking. She was completely dependent on the appellant for her support. Furthermore, the respondent suffered an economic disadvantage that would continue as long as she had custodial responsibilities. It is also important to consider that though the respondent had been out of the work force for 12 years, Beames J. determined that she had a good chance of securing employment at a reasonable rate of remuneration. Indeed, the respondent did secure an associate position with a Richmond law firm on July 3, 2001, earning a salary of \$52,000 per annum at the time of distribution.

51 In my view, and for reasons which will be elaborated in the following section, Beames J.'s analysis was insufficient. Before making a determination that the Agreement operated unfairly, she should have considered the impact of those financial awards to which the respondent was entitled under the Agreement or otherwise, including spousal and child support. Thus, an appropriate spousal support award would recognize both the economic disadvantage suffered by the respondent in sacrificing her career for her family, as well as the effects of said sacrifice which would linger following the dissolution of the marriage. Further, the true onus of the respondent's parental responsibilities must be recognized in light of the award for child support. These various amounts had to be considered in making a determination regarding the fairness of the Agreement, since the need of the respondent to become economically self-sufficient is largely fulfilled by these awards.

parties d'acquérir, pendant leur période de cohabitation, le bien qui est devenu leur domicile conjugal. Bref, au moment du mariage, l'appelant possédait déjà des biens évalués à environ 1,6 million de dollars, dont une maison, deux propriétés de plaisance, des REER et des économies, ainsi que son cabinet d'avocats. Au moment du mariage, l'intimée ne possédait aucun bien et était plutôt lourdement endettée.

La juge Beames a estimé que le besoin de l'intimée de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome était un facteur important en l'espèce. L'intimée avait abandonné sa carrière pour s'occuper seule des enfants et des tâches ménagères. Elle était entièrement à la charge de l'appelant. De plus, elle avait subi un désavantage économique qui persisterait tant et aussi longtemps qu'elle aurait la garde des enfants. Il importe également de souligner que la juge Beames a conclu que, malgré ses 12 années d'absence du marché du travail, l'intimée avait de bonnes chances d'obtenir un emploi à un salaire raisonnable. En fait, l'intimée est devenue associée dans un cabinet d'avocats de Richmond le 3 juillet 2001, et touchait un salaire annuel de 52 000 \$ au moment du partage.

Pour les raisons que j'expliquerai dans la section suivante, j'estime que l'analyse de la juge Beames est insuffisante. Avant de conclure que le contrat était inéquitable, elle aurait dû prendre en considération l'incidence des sommes auxquelles l'intimée avait droit, notamment en vertu du contrat, y compris les aliments entre époux et les aliments destinés aux enfants. Ainsi, pour être suffisants, les aliments entre époux devaient tenir compte non seulement du désavantage économique que l'intimée avait subi en sacrifiant sa carrière à sa famille, mais également des effets que ce sacrifice continuerait d'avoir après la dissolution du mariage. En outre, le fardeau que représentent véritablement les responsabilités parentales de l'intimée doit être apprécié à la lumière des aliments versés pour les enfants. Il fallait prendre en considération ces différentes sommes en examinant l'équité du contrat, étant donné qu'elles répondent largement au besoin de l'intimée de devenir économiquement autonome.

In this regard, I find it troublesome that the parties agreed to proceed to trial without having professional valuations of certain assets. To meet the objectives of the legislation, in my opinion, it is problematic for the trial judge to apportion property with no more than "a good idea" of the value of some of the assets. The trial judge must be in a position to determine the exact position of the parties as provided for in the Agreement, together with entitlement to spousal and child support, before he or she can decide whether there is unfairness under the terms of s. 65.

Finally, the trial judge discussed a fourth factor — "any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse". In my view, there was no evidence in the present case of any such circumstance which bears particular significance. That the respondent was highly involved in the construction of the family home is, in my view, much less significant than that the appellant alone provided, from his premarital financial resources, the capital required for the home's construction.

E. *The Relationship Between Spousal Support and Property Division*

In *Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), Prowse J.A., in concurring reasons, addressed the relationship between support and property division, as well as the proper sequence in which they should be determined. In that case, as in this case, the trial judge resolved the issue of maintenance without having initially dealt with the division of property. At paras. 57 and 59, Prowse J.A. explained that:

It is well established that an appropriate disposition of property under Pt. 3 of the FRA, including any question of reapportionment under s. 51 [now s. 65], must be settled before turning to the question of maintenance.

À cet égard, il m'apparaît problématique que les parties aient convenu de se présenter au procès sans avoir préalablement obtenu une évaluation professionnelle de certains biens. J'estime qu'un juge de première instance peut difficilement se conformer aux objectifs de la Loi si, au moment de procéder à la répartition, il a tout au plus « une bonne idée » de la valeur de certains biens. Pour décider s'il y a iniquité au sens de l'art. 65, le juge de première instance doit être en mesure de déterminer la situation exacte dans laquelle le contrat prévoyait que les parties se trouveraient, ainsi que le droit à des aliments entre époux et à des aliments pour les enfants.

Enfin, la juge de première instance a analysé un quatrième facteur — « toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou aux dettes d'un conjoint ». J'estime que la preuve soumise en l'espèce ne démontre aucunement l'existence d'une telle circonstance ayant une importance particulière. La participation active de l'intimée à la construction de la résidence familiale a, selon moi, beaucoup moins d'importance que le fait que la résidence a pu être construite grâce aux seules ressources financières que l'appelant avait acquises avant le mariage.

E. *Le lien entre les aliments entre époux et le partage des biens*

Dans les motifs concordants qu'elle a rédigés dans l'affaire *Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), la juge Prowse a examiné le lien entre les aliments et le partage des biens, ainsi que l'ordre dans lequel il convient de procéder en la matière. Dans cette affaire, comme en l'espèce, la juge de première instance s'est prononcée sur les aliments sans avoir préalablement examiné la question du partage des biens. Aux paragraphes 57 et 59, la juge Prowse donne l'explication suivante :

[TRADUCTION] Il est bien établi qu'il faut régler la question du partage des biens d'une manière conforme à la partie 3 de la FRA, y compris toute question de redistribution fondée sur l'art. 51 [maintenant l'art. 65], avant

Depending on the division of property, a lump sum award of maintenance may, or may not, be appropriate. . . .

In discussing the relationship between maintenance and the division of property under Pt. 3 of the *FRA*, it is useful to note that s. 51(e) and (f) of the *FRA* [now s. 65(1)(e) and (f)], relating to reapportionment of property, incorporate concepts which are also found in the maintenance provisions of both the *Divorce Act*, 1985 and the *FRA*. Thus, property division and maintenance are closely intertwined. One advantage of this legislative tie is that s. 51 [now s. 65] may be utilized in the division of property to reflect the relative abilities of the parties to become or remain economically independent and self-sufficient (s. 51(e)) [now s. 65(1)(e)], and the respective capacities and liabilities of the parties (s. 51(f)) [now s. 65(1)(f)]. These concepts are also relevant to determinations of spousal maintenance. The potential pitfall presented by this legislative link between property and maintenance, however, is the danger of double recovery where, for example, property is reapportioned under s. 51 [now s. 65] and then further reapportioned by an award of lump sum maintenance. [Emphasis added.]

d'aborder la question des aliments. Le partage des biens permet de décider s'il convient d'accorder un montant forfaitaire à titre d'aliments. . . .

En analysant le lien entre les aliments et le partage des biens fondé sur la partie 3 de la *FRA*, il est utile de noter qu'on trouve, aux al. 51e) et f) de la *FRA* [maintenant les al. 65(1)e) et f)] — qui traitent de la redistribution des biens —, des notions également présentes dans les dispositions relatives aux aliments contenues dans la *Loi de 1985 sur le divorce* et dans la *FRA*. Le partage des biens et les aliments sont donc étroitement liés. Ce lien législatif a notamment pour avantage de permettre d'appliquer l'art. 51 [maintenant l'art. 65] au partage des biens afin de tenir compte de la capacité relative des parties de devenir ou de demeurer économiquement indépendantes et autonomes (al. 51e)) [maintenant l'al. 65(1)e)], ainsi que des dettes et des moyens respectifs des parties (al. 51f)) [maintenant l'al. 65(1)f)]. Ces notions sont également utiles pour prendre des décisions relatives aux aliments entre époux. Ce lien législatif entre le partage des biens et les aliments risque toutefois de donner lieu à une double indemnisation dans le cas, par exemple, où les biens font l'objet d'une redistribution fondée sur l'art. 51 [maintenant l'art. 65], puis d'une autre redistribution au moyen d'un ordonnance de paiement d'un montant forfaitaire à titre d'aliments. [Je souligne.]

55 Furthermore, in *Metzner v. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314 (C.A.), McEachern C.J.B.C. acknowledged that it was necessary to determine the division of property before deciding the quantum of maintenance. He pointed out, at para. 40, that "it is permissible to recognize, at the division of property stage, that the husband has a substantial income and that any shortfall on independence or self sufficiency may be made up by an appropriate order for maintenance".

56 As mentioned above, Beames J. found the need of the respondent to become or remain economically independent and self-sufficient to be a significant factor in this case. While this is true, when such factors are considered in determining a party's spousal award, as they were in this case, they should not be determinative a second time with regard to the division of property. Indeed, as explained by Prowse J.A., such an approach has the potential to fall prey to the danger of double recovery. In my

De plus, dans l'arrêt *Metzner c. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314 (C.A.), le juge en chef McEachern a reconnu qu'il était nécessaire de régler la question du partage des biens avant de se prononcer sur le montant des aliments. Il a souligné, au par. 40, qu'[TRADUCTION] « il est permis de reconnaître, à l'étape du partage des biens, que l'époux dispose d'un revenu important et qu'il est possible de résoudre tout problème d'indépendance ou d'autonomie en rendant l'ordonnance alimentaire qui s'impose ».

Comme nous l'avons vu, la juge Beames était d'avis que le besoin de l'intimité de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome était un facteur important en l'espèce. Aussi vrai que cela puisse être, il reste qu'un tel facteur ne doit pas jouer un rôle déterminant en matière de partage des biens lorsque, comme en l'espèce, le tribunal en a déjà tenu compte en tranchant la question des aliments entre époux. En fait, comme l'a expliqué la juge Prowse, cette approche risque de

opinion, this is exactly what originally happened in this case. Beames J. first awarded spousal support and then reapportioned the family assets. In doing so, she considered the respondent's need to become or remain economically independent and self-sufficient twice. This was an error in law. It is true that the award of spousal support was terminated by Melnick J., subject to reinstatement should the division of assets be modified. This is, however, an unsatisfactory approach. In my view, the trial judge should have first applied the Agreement, then determined the need for spousal support, which was preserved under the Agreement, and finally decided whether the result warranted a different apportionment of property in light of the s. 65 factors.

Throughout the marriage, there had been no commingling of funds. The evidence also indicates that, over the course of the marriage, the appellant's savings decreased from approximately \$167,000 to \$25,000. Most of the appellant's income, then, went to supporting the family's lifestyle. The explicit preservation of a right to spousal support was an amendment made to the draft Agreement at the respondent's insistence. This supports an understanding on her part that, in light of the provisions regarding division of property, her future needs and self-sufficiency could be met through support. Spousal support could continue the financial arrangement they lived out during the relationship. The majority of the Court of Appeal was wrong to ignore the spousal support clause when considering the fairness of the Agreement.

It is highly significant that the Agreement explicitly preserves a right to spousal support and that, in this case, as in *Metzner, supra*, the appellant has a healthy and continuous flow of income. In looking at the division of property under the Agreement, Beames J. should have assessed fairness in light of the preservation of a right to spousal support. Only after determining that the factors of

donner lieu à une double indemnisation. Selon moi, c'est exactement ce qui s'est produit initialement en l'espèce. La juge Beames a d'abord accordé des aliments entre époux et a ensuite procédé à une redistribution des biens familiaux. Ce faisant, elle a tenu compte, à deux reprises, du besoin de l'intimée de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome. Il s'agit là d'une erreur de droit. Certes, le juge Melnick a mis fin aux aliments entre époux, en précisant qu'ils pourraient être rétablis en cas de modification du partage des biens. Cette approche est toutefois insatisfaisante. À mon avis, la juge de première instance aurait d'abord dû appliquer le contrat, ensuite évaluer le besoin d'aliments entre époux — le droit aux aliments entre époux ayant été maintenu dans le contrat —, et enfin décider si le résultat justifiait de répartir différemment les biens à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65.

Il n'y a pas eu de confusion de fonds pendant le mariage. En outre, la preuve indique que, durant cette période, les économies de l'appelant sont passées d'environ 167 000 \$ à 25 000 \$. Ainsi, la majeure partie des revenus de l'appelant a servi à maintenir le mode de vie de la famille. Le maintien explicite d'un droit aux aliments entre époux est une modification qui avait été apportée à l'avant-projet de contrat parce que l'intimée insistait pour que ce soit fait. Cela tend à confirmer que l'intimée avait compris, à la lumière des clauses relatives au partage des biens, que les aliments lui permettraient de subvenir à ses besoins futurs et de devenir autonome. Ces aliments pourraient contribuer à maintenir l'arrangement financier que les époux avaient pendant leur relation. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de ne pas tenir compte de la clause relative aux aliments entre époux pour déterminer si le contrat était équitable.

Le fait que le contrat maintient expressément le droit aux aliments entre époux et qu'en l'espèce, comme dans l'affaire *Metzner*, précitée, l'appelant dispose d'une source de revenus importante et continue, est lourd de conséquences. Lorsqu'elle a examiné le partage des biens prévu au contrat, la juge Beames aurait dû en apprécier l'équité à la lumière du maintien du droit aux aliments entre époux. Ce

self-sufficiency and need could not be met through an order of spousal support, should the trial judge have concluded that the Agreement operated unfairly.

59 By reversing the trial judge's reapportionment of the division of property, I recognize that the respondent's entitlement to spousal support is reopened. As held by Melnick J., in the event of some dramatic change in the respondent's circumstances with respect to the division of the parties' matrimonial assets, she may bring a new application for spousal support.

F. *Independent Legal Advice*

60 Independent legal advice at the time of negotiation is an important means of ensuring an informed decision to enter an agreement. In the case at bar, the respondent's lawyer prepared a written legal opinion for her. In that opinion letter, the lawyer: (1) confirmed that the respondent was in agreement with the principle that the appellant would retain ownership of the assets which he acquired prior to the relationship, but that she wished that any agreement be fair to both parties and to any children born of the marriage; (2) concluded that the Agreement proposed by the appellant was "grossly unfair"; (3) advised the respondent that, in the event that the marriage broke down, under the *FRA* she would have a *prima facie* right to an undivided one-half interest in all family assets, which would include any matrimonial home, furnishings, vehicles, savings and pensions; (4) informed the respondent that the Agreement was such that she would not "earn" even close to a one-half interest in the matrimonial home unless the marriage continued for approximately 20 years; (5) advised the respondent that "a Court would easily find such provision to be unfair and would intervene to redistribute the property on a more equitable basis"; (6) strongly recommended that the respondent not execute the Agreement "in its present form"; (7) recommended that in order to achieve a fairer result and yet still satisfy the desires of the appellant to retain the majority of his property separately, that the following assets remain the appellant's separate property — (a) bank deposits or securities, (b) the

n'est qu'après avoir décidé qu'une ordonnance alimentaire ne permettrait pas à l'épouse de subvenir à ses besoins ou de devenir autonome que la juge de première instance aurait dû conclure à l'iniquité du contrat.

En annulant la redistribution des biens effectuée par la juge de première instance, je reconnais qu'il sera loisible à l'intimée d'invoquer de nouveau son droit à des aliments. Comme l'a statué le juge Melnick, l'intimée pourra présenter une nouvelle demande d'aliments entre époux si une modification du partage des biens matrimoniaux des parties a pour effet de modifier radicalement sa situation.

F. *Les avis juridiques indépendants*

L'obtention d'un avis juridique indépendant au moment de la négociation est un moyen important de s'assurer de prendre une décision éclairée avant de conclure un contrat. Dans la présente affaire, l'intimée a reçu de son avocat un avis juridique écrit dans lequel : (1) il confirmait que l'intimée convenait que l'appelant conserverait la propriété des biens qu'il avait acquis avant leur relation, mais aussi qu'elle souhaitait que tout contrat qu'ils concluraient soit équitable à la fois pour les deux parties et pour les enfants issus de leur mariage; (2) il concluait que le contrat proposé par l'appelant créait [TRADUCTION] « une injustice flagrante »; (3) il avisait l'intimée qu'en cas de rupture de leur mariage elle aurait, en vertu de la *FRA*, un droit *prima facie* à la moitié indivise de tous les biens familiaux, dont le domicile conjugal, les meubles, les véhicules automobiles, les économies et les pensions; (4) il informait l'intimée que le contrat était formulé de telle manière qu'elle n'« acquerrait » pas même la moitié du domicile conjugal, et ce, à la condition que le mariage dure environ 20 ans; (5) il l'avisa qu' [TRADUCTION] « un tribunal pourrait facilement juger une telle clause inéquitable et interviendrait pour procéder à une redistribution plus équitable des biens »; (6) il recommandait fortement à l'intimée de ne pas signer le contrat [TRADUCTION] « tel qu'il était alors rédigé »; (7) afin d'atteindre un résultat plus équitable tout en respectant la volonté de l'appelant de conserver séparément la plupart de ses biens, il recommandait que les biens suivants

apartment at Osoyoos, (c) the Oroville lot, (d) interest in law firm and management company, (e) the 1968 Mercedes, (f) the boat, and (g) the motorcycle; and (8) strongly recommended that any agreement which the respondent executes makes it clear that there is nothing to bar any claim for maintenance or support for herself or for any children of the marriage.

It is clear from the detail in this opinion letter that the respondent was forewarned of the Agreement's "shortcomings". Indeed, the respondent made a few changes to the Agreement in response to her lawyer's advice, including the inclusion of the preservation of spousal support clause. The respondent was advised that the Agreement was "grossly unfair" and that a court would "easily find" the provision relating to interest in the matrimonial home to be unfair and would redistribute the property on a more equitable basis. Despite this advice, or because of it, as expressed by counsel for the respondent during the hearing before our Court, the respondent signed the Agreement. The respondent cannot now rely on her lawyer's opinion to support her allegation that because she thought the Agreement was unfair from its inception, for all intents and purposes, she never intended to live up to her end of the bargain. It is trite that a party could never be allowed to avoid his or her contractual obligations on the basis that he or she believed, from the moment of its formation, that the contract was void or unenforceable.

G. Application to This Appeal

The appellant brought into the marriage assets valuing approximately \$1.6 million, including a home, two recreational properties, RRSPs and savings, and his law practice. At the time of separation, there had been no increase in these assets. Indeed, there had been, on the basis of the evidence before the Court, a depreciation in the values of the family home and the law practice. At the time of the Agreement, the appellant had estimated the value of the family home to be \$800,000 and the law firm, \$300,000. At the time of trial, after hearing expert opinions, the trial judge held that the value of each

continuent d'appartenir en propre à l'appelant : a) les dépôts ou instruments bancaires, b) l'appartement d'Osoyoos, c) le terrain d'Oroville, d) l'intérêt dans le cabinet d'avocats et la société de gestion, e) la Mercedes 1968, f) le bateau et g) la motocyclette; (8) il recommandait fortement que tout contrat signé par l'intimée stipule clairement que rien ne ferait obstacle à la présentation d'une demande d'aliments pour elle ou pour les enfants issus de leur mariage.

Il est clair, à la lecture de cet avis détaillé, que l'intimée a été prévenue des « lacunes » du contrat avant de le signer. En fait, après avoir obtenu les conseils de son avocat, l'intimée a apporté quelques changements au contrat, y insérant notamment une clause de maintien du droit aux aliments entre époux. L'intimée a été avisée que le contrat créait « une injustice flagrante », qu'un tribunal « pourrait facilement juger » inéquitable la clause relative à l'intérêt dans le domicile conjugal et qu'il procéderait à une redistribution plus équitable des biens. Malgré ces conseils ou en raison de ceux-ci — comme l'a affirmé l'avocat de l'intimée devant notre Cour —, l'intimée a signé le contrat. Elle ne saurait maintenant invoquer l'avis de son avocat pour alléguer que, en raison de sa conviction que le contrat était inéquitable dès sa formation, elle n'a, à toutes fins utiles, jamais eu l'intention de respecter sa part du marché. Il est bien établi qu'une partie ne devrait jamais pouvoir échapper à ses obligations contractuelles pour le motif qu'elle croyait, au moment de la formation du contrat, que celui-ci était nul ou encore inexécutoire.

G. Application au présent pourvoi

Au moment de son mariage, l'appelant possédait déjà des biens évalués à environ 1,6 million de dollars, dont une maison, deux propriétés de plaisance, des REER et des économies, ainsi que son cabinet d'avocats. Au moment de la séparation du couple, la valeur de ces biens n'avait pas augmenté. En fait, la preuve soumise à la Cour révèle plutôt une baisse de la valeur de la résidence familiale et du cabinet d'avocats. Au moment de conclure le contrat, l'appelant avait fixé à 800 000 \$ et à 300 000 \$, respectivement, la valeur de la résidence familiale et celle du cabinet d'avocats. Au moment du procès, après

61

62

had decreased to \$755,000 and \$255,000, respectively. Accordingly, I accept these estimates.

63 The respondent did not bring any assets into the marriage, but instead entered the relationship heavily in debt. As per the division of property in the Agreement, the appellant would come out of the marriage with \$1.2 million and the respondent with \$280,000. It has not been overlooked that the respondent gave up her own law practice to take primary care of their two children and postponed any further career development. However, these were decisions that the respondent herself made prior to the marriage. It is not realistic to assume that the consequences of such a choice were not understood and that the decision made should now be totally ignored. The implications of the Agreement were understood as well, the respondent having specifically reviewed its shortcomings with her lawyer. The appellant argues that the overall result is not unfair, pointing out that though the parties' "shares" under the Agreement are disproportionate, there is no indication that 12 years of practising law would have yielded the respondent more assets than those with which she is leaving this marriage. In my view, the disadvantage is not demonstrated.

64 What is more important, in my view, is that any economic disadvantage that the respondent suffered as a result of this decision can be compensated through spousal support. As mentioned earlier, this is significant with regard to the application of s. 65(1)(e) of the *FRA*, which deals with the need to become or remain economically independent.

65 Moreover, by signing the Agreement, the appellant and the respondent entered their marriage with certain expectations on which they were reasonably entitled to rely. If the respondent truly believed that the Agreement was unacceptable at that time, she should not have signed it. In this case, the intention of the parties, as expressed in the Agreement, was to leave with each party that which he or she had before the marriage. The question is not whether there is something fundamentally unfair about that,

avoir entendu les avis d'experts, la juge de première instance a conclu que la valeur de ces biens avait baissé à 755 000 \$ et à 255 000 \$ respectivement. J'accepte donc ces estimations.

Au moment du mariage, l'intimée ne possédait aucun bien et était plutôt lourdement endettée. Selon le partage des biens prévu au contrat, l'appelant obtiendrait, en cas de rupture du mariage, 1,2 million de dollars et l'intimée, 280 000 \$. Nous avons tenu compte du fait que l'intimée a abandonné la pratique du droit et retardé l'avancement de sa carrière pour s'occuper principalement de leurs deux enfants. L'intimée en avait elle-même décidé ainsi avant de se marier. Il n'est pas réaliste de présumer qu'elle n'a pas compris les conséquences d'un tel choix, et qu'on devrait maintenant passer outre à sa décision. L'intimée a également compris les conséquences du contrat étant donné qu'elle en a précisément examiné les lacunes avec son avocat. L'appelant plaide l'absence d'iniquité dans l'ensemble, en soulignant que, bien que les « parts » que le contrat attribue aux parties soient disproportionnées, rien n'indique que 12 années de pratique du droit auraient permis à l'intimée d'acquérir plus de biens que ceux qui lui reviennent à la rupture de ce mariage. À mon avis, l'existence du désavantage n'a pas été démontrée.

Qui plus est, j'estime qu'il est possible de compenser, par des aliments entre époux, tout désavantage économique que l'intimée a subi à cause de sa décision. Comme je l'ai déjà mentionné, cela est important en ce qui concerne l'application de l'al. 65(1)e *FRA*, qui traite du besoin des conjoints de devenir ou de demeurer économiquement indépendants.

De plus, le contrat signé par l'appelant et l'intimée témoigne du fait qu'ils avaient des attentes raisonnables au moment de se marier. Si l'intimée avait réellement cru, à l'époque, que le contrat était inacceptable, elle n'aurait pas dû le signer. En l'espèce, l'intention exprimée dans le contrat était de laisser à chacune des parties ce qu'elle avait acquis avant le mariage. La question est non pas de savoir si cela a quelque chose de fondamentalement inéquitable, mais plutôt si le contrat se révélera inéquitable au

but whether the operation of the Agreement will prove to be unfair in the circumstances present at the time of distribution. In light of the provisions of the *FRA*, and after examining all of the provisions of the Agreement as well as the circumstances of the parties at the time of separation, it is my opinion that the Agreement was fair at the time of the triggering event. The trial judge erred in finding otherwise. The Agreement should be left intact.

Under s. 59 of the *FRA*, in absence of a marriage agreement, a law corporation could potentially be classified as a family asset. Indeed, the trial judge found this to be the case and fixed a 60/40 split in favour of the appellant. In any event, in this case, the trial judge erred in finding the appellant's law corporation to be a family asset. Under s. 59(1), property is not a family asset if it "is owned by one spouse to the exclusion of the other and is used primarily for business purposes and if the spouse who does not own the property made no direct or indirect contribution to the acquisition of the property by the other spouse or to the operation of the business". It is also noteworthy that the value of the practice has not increased since the time of the marriage. Under these circumstances, the law practice must not be considered a family asset. The appellant is entitled to keep the law corporation in full, after transferring out the Ford Expedition.

V. Conclusion

Once an agreement has been reached, albeit a marriage agreement, the parties thereto are expected to fulfill the obligations that they have undertaken. A party cannot simply later state that he or she did not intend to live up to his or her end of the bargain. It is true that, in some cases, agreements that appear to be fair at the time of execution may become unfair at the time of the triggering event, depending on how the lives of the parties have unfolded. It is also clear that the *FRA* permits a court, upon application, to find that an agreement or the statutory regime is unfair and to reapportion the assets. However, in a framework within which private parties are

moment de la répartition des biens. Compte tenu des dispositions de la *FRA*, de l'ensemble des clauses du contrat et de la situation des parties lors de la séparation, je suis d'avis que le contrat était équitable au moment où est survenu l'événement déclencheur. La juge de première instance a commis une erreur en concluant différemment et il n'y a pas lieu de modifier le contrat.

66

En vertu de l'art. 59 *FRA*, il est possible, en l'absence d'un contrat de mariage, de classer un cabinet d'avocats dans la catégorie des biens familiaux. D'ailleurs, la juge de première instance a conclu qu'il y avait lieu de le faire et a effectué un partage 60-40 en faveur de l'appellant. De toute façon, la juge de première instance a commis une erreur, en l'espèce, en concluant que le cabinet d'avocats de l'appellant était un bien familial. Aux termes du par. 59(1), un bien n'est pas un bien familial s'il [TRADUCTION] « appartient à un conjoint à l'exclusion de l'autre et est utilisé surtout à des fins commerciales et lorsque le conjoint à qui n'appartient pas le bien n'a contribué ni directement ni indirectement à l'acquisition du bien par l'autre conjoint ou au fonctionnement de l'entreprise ». Il convient également de noter que la valeur du cabinet d'avocats n'a pas augmenté depuis le mariage. Dans ces circonstances, le cabinet d'avocats ne doit pas être considéré comme un bien familial. L'appellant pourra le conserver en totalité après avoir transféré la propriété du Ford Expedition.

V. Conclusion

67

Dès qu'un contrat — voire même un contrat de mariage — est conclu, les parties à ce contrat sont censées s'acquitter des obligations qu'elles y ont contractées. Une partie ne peut pas simplement affirmer, par la suite, qu'elle n'avait pas l'intention de respecter sa part du marché. Certes, il peut arriver que des contrats qui paraissent équitables au moment de leur conclusion deviennent inéquitables au moment où survient l'événement déclencheur, selon la façon dont la vie des parties a évolué. Il est également clair que la *FRA* permet à un tribunal, sur demande, de conclure qu'un contrat ou le régime légal est inéquitable, et de redistribuer les

permitted to take personal responsibility for their financial well-being upon the dissolution of marriage, courts should be reluctant to second-guess their initiative and arrangement, particularly where independent legal advice has been obtained. They should not conclude that unfairness is proven simply by demonstrating that the marriage agreement deviates from the statutory matrimonial property regime. Fairness must first take into account what was within the realistic contemplation of the parties, what attention they gave to changes in circumstances or unrealized implications, then what are their true circumstances, and whether the discrepancy is such, given the s. 65 factors, that a different apportionment should be made.

68 The appeal is allowed with each party bearing his or her own costs.

The reasons of Binnie, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

69 DESCHAMPS J. (dissenting in part) — Contrary to what was argued before us by the appellant, this appeal is not about whether two people can enter into a prenuptial arrangement which will determine, or even influence, the division of family assets upon their separation. Rather, this case is about giving effect to the explicit legislative intention that only fair agreements be upheld. Furthermore, to construe the issue in the way suggested by the majority presupposes that even unfair agreements will be given weight. With respect, I have reached a different conclusion.

70 The primary policy objective guiding the courts' role in division of assets on marital breakdown in British Columbia is fairness, regardless of whether the presumptive entitlement arises statutorily or through contract. The *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, Part 5 (hereinafter the "FRA"), does permit couples to sign marriage agreements on division of assets. However, to be enforceable, any such agreement must be fair; if it is not, it will be judicially reapportioned to achieve a fair division. To give effect to legislative intention, courts ought to encourage parties to enter into marriage agreements

biens. Cependant, lorsqu'il est loisible aux particuliers de veiller eux-mêmes à leur bien-être financier à la dissolution du mariage, les tribunaux doivent hésiter à remettre en question les mesures et l'arrangement qu'ils ont pris, surtout s'ils ont reçu des avis juridiques indépendants. Les tribunaux ne devraient pas conclure que l'on peut prouver qu'un contrat de mariage est inéquitable en démontrant simplement qu'il s'écarte du régime légal applicable aux biens matrimoniaux. Pour déterminer s'il y a équité, il faut d'abord tenir compte des prévisions réalistes des parties, des mesures qu'elles ont prises pour composer avec les changements de circonstances ou les conséquences qui ne se réaliseraient pas, ensuite examiner leur situation véritable et enfin se demander si, à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65, il existe une différence qui commande une autre répartition des biens.

Le pourvoi est accueilli, chaque partie devant supporter ses propres dépens.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Deschamps rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente en partie) — Contrairement à ce que l'appelant a soutenu devant nous, le présent pourvoi ne porte pas sur la question de savoir si deux personnes peuvent conclure une entente prénuptiale qui régira, ou même influencera, le partage des biens familiaux en cas de séparation. Il s'agit plutôt de donner effet à l'intention explicite du législateur de ne reconnaître une entente que si elle est équitable. Par ailleurs, je ne puis accepter l'interprétation proposée par les juges majoritaires qui laissent entendre qu'on doit accorder du poids même aux ententes inéquitables.

L'équité est le principal objectif d'intérêt public qui guide les tribunaux en matière de partage des biens à la rupture du mariage en Colombie-Britannique, peu importe que le droit présomptif émane de la loi ou d'un contrat. La *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, partie 5 (ci-après la « FRA »), permet aux couples de conclure des contrats de mariage relatifs au partage des biens. Cependant, pour être exécutoires, ces contrats doivent être équitables, sans quoi un tribunal procédera à une redistribution afin de réaliser un partage équitable. Pour donner effet à l'intention du législateur,

that are fair, and to respond to the changing circumstances of their marriage by reviewing and revising their own contracts for fairness over time. Telling parties that their unfair apportionment will nonetheless be given weight as a factor in reapportionment would defeat this objective.

In the case at bar, the trial judge found the agreement unfair at the outset and at the time of application to the court. Deference must be given to the reapportionment she ordered. As stated by the British Columbia Court of Appeal in *Gold v. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165, at para. 59, deference is paramount when dealing with division of property:

... fairness is not an absolute quality. If the trial judge proceeded upon an incorrect view of the law, or upon some improper principle, then we could possibly substitute our views for what ... [makes] this division of property fair. In the absence of such error, it is not our function to second guess the trial judge on what specific redistribution was required in order to achieve fairness in the circumstances of this case

Deference is further warranted when the litigation resulted in a protracted trial and the judgment involved complex factual assessments, as is the case here. The present case was heard by Beames J. in two installments. Over a period of six days in July 1999, she heard arguments dealing with the issues of divorce, custody and access, child support, spousal support, the effect of an agreement the parties had entered into on the day of their marriage, and the division of assets. Beames J. rendered judgment in November 1999 ([1999] B.C.J. No. 2681 (QL)), but in February 2001 ((2001, 89 B.C.L.R. (3d) 110, 2001 BCSC 325)), she delivered another set of reasons after having heard further evidence and argument on the issue of valuation. Since she did not commit any palpable and overriding error in coming to her factual conclusions, I would leave most of her redistribution intact. I would, however, allow the appellant to retain a

les tribunaux doivent encourager les parties à conclure des contrats de mariage équitables et à réagir aux changements de circonstances de leur mariage en procédant, au fil des ans, à l'examen et à la révision de leurs contrats afin d'en assurer l'équité. Cet objectif serait contrecarré si on indiquait aux parties qu'en procédant à une redistribution les tribunaux tiendront compte de leurs contrats même dans leurs aspects inéquitables.

En l'espèce, la juge de première instance a conclu que le contrat était inéquitable tant au moment de sa signature qu'au moment de la présentation de la demande d'examen au tribunal. La redistribution qu'elle a ordonnée doit être traitée avec déférence. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Gold c. Gold* (1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165, par. 59, la déférence est primordiale en matière de partage des biens :

[TRADUCTION] . . . l'équité n'est pas une qualité absolue. Si le juge de première instance s'était fondé sur une interprétation erronée du droit ou sur un mauvais principe, nous pourrions peut-être substituer notre point de vue au sien sur ce qui [...] [rendrait] équitable ce partage des biens. À défaut d'une telle erreur, il ne nous appartient pas de remettre en question la décision du juge de première instance quant à la redistribution qui s'imposait pour assurer l'équité dans les circonstances de la présente affaire

Il y a également lieu de faire montre de déférence lorsque, comme en l'espèce, le litige a donné lieu à un long procès et que le jugement est caractérisé par des évaluations factuelles complexes. L'audition de la présente affaire par la juge Beames s'est déroulée en deux temps. La juge a d'abord entendu, pendant six jours en juillet 1999, les arguments concernant le divorce, la garde et les droits de visite, les aliments des enfants et ceux de l'épouse, l'incidence d'un contrat conclu par les parties le jour de leur mariage, ainsi que le partage des biens. La juge Beames a rendu jugement en novembre 1999 ([1999] B.C.J. No. 2681 (QL)), mais elle a déposé d'autres motifs en février 2001 ((2001, 89 B.C.L.R. (3d) 110, 2001 BCSC 325)), après la présentation d'éléments de preuve et d'arguments supplémentaires sur la question de l'évaluation des biens familiaux. Étant donné qu'elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans ses conclusions de fait, je

100 percent interest in the law partnership (without disturbing the trial judge's prior transfer of the ownership of the Ford Expedition to the respondent) given that the reapportionment order coupled with the spousal support order amounted, in this case, to double recovery.

I. Analysis of the Applicable Legal Principles

72

Part 5 of the *FRA* deals with division of assets on marital breakdown. It provides for presumptive entitlements which can be reviewed for fairness by a judge on application to the court, and reapportioned if found lacking. If there is a marriage agreement (ss. 61(2) and 61(3)), the terms of the agreement represent the spouses' presumptive entitlement. If there is no marriage agreement, s. 56 deems each spouse to be presumptively entitled to an undivided half interest in each family asset as defined in s. 58. However, in either case these presumptive entitlements are subject to s. 65(1), which indicates that:

- 65 (1)** If the provisions for division of property between spouses under section 56, Part 6 or their marriage agreement, as the case may be, would be unfair having regard to
- (a) the duration of the marriage,
 - (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart,
 - (c) the date when property was acquired or disposed of,
 - (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift,
 - (e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient, or
 - (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse,

garderais intacte la majeure partie de la redistribution à laquelle elle a procédé. Sans toucher au transfert de propriété du Ford Expedition que la juge de première instance a effectué en faveur de l'intimée, je permettrais toutefois à l'appelant de conserver en totalité son intérêt dans le cabinet d'avocats. En effet, l'ordonnance de redistribution du cabinet, conjuguée à l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse, donne ici lieu à une double indemnisation.

I. Analyse des principes juridiques applicables

La partie 5 de la *FRA* traite du partage des biens à la rupture du mariage. Elle établit des droits présumptifs qu'un juge peut, sur demande, examiner pour déterminer si le partage qui en résulte est équitable. Si, dans un cas donné, le partage résultant de l'application de la présomption s'avère inéquitable, il pourra faire l'objet d'une redistribution judiciaire. S'il existe un contrat de mariage (par. 61(2) et (3)), ce sont les conditions du contrat qui établissent le droit présumptif au partage. En l'absence d'un contrat de mariage, l'art. 56 fait présumer que chacun des conjoints a droit à la moitié indivise de chaque bien familial au sens de l'art. 58. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, ces droits présumptifs sont assujettis au par. 65(1), qui prévoit :

[TRADUCTION]

- 65 (1)** Lorsque les dispositions visant le partage des biens entre les conjoints en vertu de l'article 56, partie 6, ou de leur contrat de mariage, selon le cas, seraient inéquitables compte tenu :
- a) de la durée du mariage,
 - b) de la durée de la séparation de fait,
 - c) de la date d'acquisition ou d'aliénation du bien,
 - d) de la mesure dans laquelle le bien a été acquis par l'un des conjoints par voie de succession ou de donation,
 - e) du besoin de chaque conjoint de devenir ou de demeurer économiquement indépendant et autonome, ou
 - f) de toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou aux dettes d'un conjoint,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by section 56, Part 6 or the marriage agreement, as the case may be, be divided into shares fixed by the court. [Emphasis added.]

Thus, a marriage agreement or a deemed undivided half entitlement provides the starting point for the court, but both are subject to review for fairness under s. 65. Neither starting point is determinative of the entitlement if such apportionment is unfair. The court must ensure that the apportionment is fair in accordance with the criteria set out in s. 65.

In *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24, while discussing spousal support and the level of deference applicable to separation agreements under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), this Court recognized that “inequitable” ought not to be equated with “unconscionable” (para. 73). Similarly, in the case of the *FRA*, there is no apparent reason why “unfairness” should be assimilated to “unconscionability”. Rather, it constitutes a less deferential standard.

Many other jurisdictions provide for judicial oversight of the provisions of marriage agreements. The standard of review applicable in British Columbia can be better understood when compared with the schemes of other Canadian provinces. As recognized in *Property Rights on Marriage Breakdown* (1989), Law Reform Commission of British Columbia’s Working Paper No. 63, at p. 34, fn. 2:

All Canadian common law provinces provide the courts with jurisdiction to depart from equal sharing, but British Columbia is the only province to define that jurisdiction by use of a general term with no fixed legal meaning. All other Canadian common law provinces use technical terms which indicate that the level of unfairness must be significant.

British Columbia’s legislative choice to provide for a different, less restrictive, standard ought to be recognized by the courts.

la Cour suprême peut, sur demande, ordonner que les biens visés à l’article 56, partie 6, ou au contrat de mariage, selon le cas, soient répartis dans des proportions qu’elle fixe. [Je souligne.]

Ainsi, le contrat de mariage ou la présomption de droit à la moitié indivise servent de point de départ au tribunal, mais ils sont tous deux assujettis à un examen judiciaire de leur caractère équitable fondé sur l’art. 65. Aucun de ces points de départ ne détermine le partage si cette répartition est inéquitable. Le tribunal doit s’assurer que le partage est équitable selon les critères énoncés à l’art. 65.

Dans l’arrêt *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24, la Cour a étudié la question des aliments entre époux et la déférence requise à l’égard des accords de séparation conclus en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.). La Cour y a reconnu qu’il ne faut pas confondre « inéquitable » et « inadmissible » (« *unconscionable* ») (par. 73). De même, il n’y a clairement aucune raison d’assimiler « caractère inéquitable » à « caractère inadmissible ou exorbitant » en ce qui concerne la *FRA*. Au contraire, la norme du caractère inéquitable fait appel à une déférence moins grande.

De nombreux autres ressorts assujettissent les clauses des contrats de mariage à la surveillance des tribunaux. On peut donc mieux comprendre la norme de contrôle applicable en Colombie-Britannique en la comparant aux régimes des autres provinces canadiennes. Comme l’a reconnu la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, dans son document de travail n° 63, intitulé *Property Rights on Marriage Breakdown* (1989), p. 34, renvoi 2 :

[TRADUCTION] Toutes les provinces de common law canadiennes donnent aux tribunaux le pouvoir de déroger au principe du partage égal, mais seule la Colombie-Britannique définit ce pouvoir au moyen d’un terme général dénué de sens juridique fixe. Toutes les autres provinces de common law canadiennes utilisent des termes techniques indiquant que l’iniquité doit être grave.

Les tribunaux se doivent de reconnaître le choix du législateur de la Colombie-Britannique d’établir une norme différente et moins restrictive.

75

The threshold in Nova Scotia is a finding that any term is “unconscionable, unduly harsh on one party or fraudulent” (emphasis added): see *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 29. In New Brunswick a court may disregard a provision of a domestic contract where a spouse did not receive independent legal advice and application of the provision would be inequitable: see *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1, s. 41. In Saskatchewan a court may reapportion property where a marriage contract was unconscionable or grossly unfair at the time it was entered into: see *Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3, s. 24(2). Ontario’s *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, allows a court, on application, to set aside a domestic contract or a provision if a party failed to disclose significant assets or liabilities, if a party did not understand the nature or consequences of the contract, or otherwise in accordance with the law of contract (s. 56(4)). Such restrictive language is also found in Newfoundland and Labrador’s *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2, s. 66(4), and in Prince Edward Island’s *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 55(4). In contrast, British Columbia courts have been explicitly empowered to reapportion assets upon finding that the division of property in the agreement is “unfair”. This is clearly a less deferential standard than what is required in other jurisdictions, and it should not mechanically be assimilated to a more exacting standard, such as unconscionability.

76

Courts must defer to this legislative choice and respect the lower threshold, as is now well established in British Columbia. As stated by McEachern C.J.B.C., writing for the court in *Gold, supra*, at para. 56:

... it is not in keeping with contemporary family law thought or jurisprudence for the Court to offer much

Le critère préliminaire applicable en Nouvelle-Écosse est la conclusion qu'une clause est [TRADUCTION] « exorbitante, trop dure pour une partie ou frauduleuse » (je souligne) : voir l'art. 29 de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275. Au Nouveau-Brunswick, un tribunal peut faire abstraction d'une clause d'un contrat domestique dans le cas où l'un des conjoints n'a pas obtenu un avis juridique indépendant et où l'application de cette clause serait inéquitable : voir l'art. 41 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1. En Saskatchewan, le tribunal peut procéder à une redistribution des biens dans le cas où, au moment de sa conclusion, le contrat de mariage était exorbitant (« unconscionable ») ou créait une injustice flagrante : voir le par. 24(2) de la *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6,3. En Ontario, le par. 56(4) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, permet à un tribunal d'annuler, à la suite d'une requête, un contrat familial en tout ou en partie si une partie n'a pas divulgué des éléments d'actif ou de passif importants, si une partie n'a pas compris la nature ou les conséquences du contrat, ou encore pour toute autre raison découlant du droit des contrats. Le paragraphe 66(4) de la *Family Law Act* de Terre-Neuve-et-Labrador, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, et le par. 55(4) de la *Family Law Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, S.P.E.I. 1995, ch. 12, sont eux aussi formulés d'une manière restrictive. Par contre, les tribunaux de la Colombie-Britannique sont explicitement habilités à procéder à une redistribution des biens lorsqu'ils concluent que le partage prévu dans le contrat est « inéquitable ». Il s'agit là clairement d'une norme qui fait appel à une déférence moins grande que ce qu'exigent d'autres ressorts et qui ne devrait pas être assimilée systématiquement à une norme plus stricte comme celle du caractère exorbitant.

Les tribunaux doivent s'en remettre au choix du législateur et appliquer le critère préliminaire moins strict — une pratique maintenant bien établie en Colombie-Britannique. Comme le juge en chef McEachern l'a affirmé, au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt *Gold*, précité, par. 56 :

[TRADUCTION] ... la cour n'agirait pas en conformité avec la philosophie ou la jurisprudence contemporaines

deference to an agreement which is objectively unfair to its core.

Drawing on *Miglin*, a fairness-based review might be read to require that the circumstances surrounding negotiation and execution of provisions on division of assets in a prenuptial agreement be taken into account by the reviewing judge. However, I believe that the deciding inquiry under s. 65(1) of the *FRA* is whether or not the agreement is substantively fair at the time of application to the court. The enumerated factors do not in any way suggest that procedural or even substantive fairness during negotiation or execution is determinative. Admittedly, the circumstances of negotiation and execution may provide indicators that an agreement has the characteristics of either a fair or an unfair bargain. That being said, an agreement negotiated under circumstances unfair to one party could still create a fair division of property years later upon separation. Conversely, an agreement may become unfair with the passage of time, as spouses' interdependence increases. Thus, under the *FRA*, the judge must review the fairness of the marriage agreement at the time of application to the court, considering the parties' rights, entitlements and obligations at that very moment, in light of the s. 65(1) factors. The legislation, both in its specific wording and taken as a whole, does not indicate otherwise. It is also clear from the nature of marriage agreements that their fairness only genuinely matters when they are invoked before a court. Finally, a judge can only review the fairness of such a prenuptial arrangement by considering it alongside the other conditions of separation covered by the *FRA*. These include custody as well as potential maintenance and support orders. This will only be feasible after an application has been made to the court.

What does fairness at the time of application to the court entail? Although the statutory regime provides for equal sharing, it is only a starting point, just as it is for marriage agreements. Fairness will

en droit de la famille si elle faisait montre d'une grande déférence à l'égard d'un contrat qui, d'un point de vue objectif, est fondamentalement inéquitable.

Si l'on se fie à l'arrêt *Miglin*, on pourrait considérer que le juge qui effectue l'examen fondé sur l'équité doit tenir compte des circonstances ayant entouré la négociation et la conclusion des clauses d'une entente prénuptiale relatives au partage des biens. Cependant, j'estime que la question déterminante qu'il faut se poser, en vertu du par. 65(1) *FRA*, est de savoir si l'entente est substantiellement équitable au moment de la présentation de la demande au tribunal. Rien dans les facteurs énumérés n'indique que l'équité procédurale ou même substantielle, lors de la négociation ou de la conclusion, est déterminante. Certes, les circonstances de la négociation et de la conclusion peuvent indiquer que l'entente présente les caractéristiques d'un marché équitable ou inéquitable. Cela dit, une entente négociée dans des circonstances inéquitables pour une partie pourrait tout de même prévoir un partage des biens qui serait équitable au moment d'une éventuelle séparation. À l'inverse, une entente peut éventuellement devenir inéquitable au fur et à mesure que s'accroît l'interdépendance des conjoints. Ainsi, la *FRA* oblige le juge à vérifier si le contrat de mariage était équitable au moment de la présentation de la demande au tribunal, en examinant, à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1), les droits et les obligations qu'avaient alors les parties. Le libellé de la Loi ne va dans aucun autre sens tant du point de vue de la formulation particulière du par. 65(1) que de la Loi elle-même prise dans son ensemble. De même, il ressort de la nature des contrats de mariage que c'est au moment où ils sont invoqués devant un tribunal qu'il importe vraiment qu'ils soient équitables. Enfin, ce n'est qu'en examinant l'entente pré-nuptiale conjointement avec les autres conditions de séparation visées par la *FRA* — dont la garde et les ordonnances alimentaires potentielles — qu'un juge peut déterminer si elle est équitable. Cela ne peut se faire qu'à la suite d'une demande au tribunal.

Que commande l'équité au moment de la présentation de la demande au tribunal? Bien qu'il prescrive un partage égal, le régime légal sert seulement de point de départ, comme dans le cas d'un contrat

not always be synonymous with equal division. In some marriages, the contributions of each spouse will not be equal. For example, one party may come into the marriage substantially wealthier, in an economic sense, than the other; the marriage may be very brief, indicating that an equal partnership never really came into being; or, a party may have transferred ownership of valuable personal assets. The various factors set out in s. 65(1) of the *FRA* reflect this reality. I believe the proper approach to determining whether a division of family assets under a marriage agreement is fair is for a judge to assess the division in light of the s. 65(1) factors. The original intention of the parties is relevant insofar as it points the court towards how the parties chose to address the requirements of fairness. If the parties fairly addressed the enumerated factors through other provisions in the agreement, that should be taken into account. That being said, the parties' original intention is not determinative at this stage. Fairness is a concept that is independent of any agreement. If a court establishes that a marriage agreement is fair in light of the s. 65(1) factors, it will stand. If it is not, the court will redress it. For greater certainty, a judge redressing the unfairness resulting from a marriage agreement may want to test the result of his or her s. 65(1) reapportionment by comparing it to the division the judge would have established had there been no agreement. Since the criteria are the same, the share apportioned to each spouse should be similar whether there is a contract or not.

79

It is true that s. 56(3) of the *FRA* refers to parties' ability to regulate, by contract, the division of family assets upon dissolution of a marriage. The parties are admittedly better placed than a judge to evaluate what suits them. The analysis I have outlined above does not disregard this. Section 56(3) does not entitle one of the parties to stipulate that he or she receive more than his or her fair share of the total family wealth, *in abstracto*. What it does permit is for the parties to determine the manner in which that fair share should itself be apportioned between the parties, *in concreto*. In other words, if the court finds that the agreement is fair, it will uphold it. If it finds it to be unfair, it will reapportion the total value of

de mariage. L'équité n'est pas toujours synonyme de partage égal. Dans certains cas, les contributions des époux sont inégales. Par exemple, il se peut qu'au moment de se marier une partie soit beaucoup plus fortunée que l'autre, ou que le mariage soit de si courte durée que l'égalité des partenaires n'aura jamais vraiment pu se réaliser ou encore que l'une des parties ait transféré à l'autre des biens personnels d'une grande valeur. Les divers facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA* reflètent cette réalité. J'estime que, pour déterminer si le partage des biens familiaux prévu dans un contrat de mariage est équitable, le juge ne doit apprécier ce partage qu'à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1). L'intention initiale des parties est pertinente dans la mesure où elle indique au tribunal la façon dont les parties ont choisi d'agir pour satisfaire au critère de l'équité. Par exemple, il faudrait tenir compte du fait que les parties ont pris en considération les facteurs énumérés en rédigeant d'autres clauses du contrat. Cela dit, l'intention initiale des parties n'est pas déterminante à ce stade. L'équité est une notion indépendante de tout contrat. Un contrat de mariage sera valide si le tribunal le juge équitable à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1). Si le contrat n'est pas équitable, le tribunal remédiera à la situation. Pour plus de certitude, le juge qui remédie à l'iniquité résultant d'un contrat de mariage peut vouloir tester le résultat de la redistribution à laquelle il procède, en la comparant au partage qu'il aurait effectué en l'absence de contrat. Comme les critères sont identiques, la part dévolue à chaque époux doit être similaire, qu'il y ait contrat ou non.

Il est vrai que le par. 56(3) *FRA* mentionne la capacité des parties de régir, par contrat, le partage des biens familiaux à la dissolution du mariage. Les parties sont certes mieux placées qu'un juge pour décider ce qui leur convient. L'analyse que j'ai exposée précédemment tient compte de ce fait. Le paragraphe 56(3) ne permet pas à une partie de stipuler qu'elle recevra plus que sa juste part du patrimoine familial envisagé dans l'abstrait. Il permet toutefois aux parties d'établir concrètement en quoi consistera cette juste part. Autrement dit, si le tribunal constate que l'entente est équitable, il la maintiendra. S'il la juge inéquitable, il procédera à une redistribution de la valeur totale des biens familiaux.

the family assets. The parties' agreement will affect which specific assets can be awarded to a given spouse.

Unlike s. 15.2(4)(c) of the *Divorce Act*, which was in issue in *Miglin, supra*, and requires courts to take into consideration "any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse", s. 65(1) makes no mention of the agreement in the list of factors for courts to consider when assessing the substantive fairness of a division of assets. Consideration of the marriage agreement is not even implicitly alluded to. This is not surprising given that what is under review is the agreement itself. It would be a useless exercise if the fairness test were to be based on an unfair agreement. Thus, in British Columbia, spouses may not seek to rely on unfair provisions for the division of assets on marital breakdown. Those are the bounds of meaningful choice for spouses in that province.

Public policy supports this conclusion. The approach favoured by the majority would fail to encourage spouses to make genuine efforts to conclude fair agreements (and to update them for fairness as circumstances change), if a potentially intransigent party could tell himself or herself: "This may turn out to be unfair, but at least a court would still take it into account." In this case, the appellant testified that, on being informed that the respondent's lawyer considered the agreement "grossly unfair", he considered it "interesting", but refused to make substantive changes to render the agreement fair. Parties have many fair options about how to arrange their affairs and protect particular assets, and they need an incentive to consider them and take them seriously.

Moreover, with regard to assessing fairness, the original intentions of the parties may be particularly problematic in the case of premarital agreements, often executed years prior to separation. Most people

L'entente lui servira alors de guide pour déterminer quels biens peuvent être attribués à l'un ou l'autre des époux.

Contrairement à l'al. 15.2(4)c) de la *Loi sur le divorce* qui était en cause dans l'arrêt *Miglin*, précité, et qui obligeait les tribunaux à tenir compte de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux », le par. 65(1) ne mentionne pas l'entente parmi les facteurs à considérer pour apprécier l'équité substantielle du partage des biens. Il ne fait pas allusion, ne serait-ce qu'implicitement, à la nécessité de prendre en considération le contrat de mariage. Cela n'a rien d'étonnant puisque c'est précisément sur ce contrat que porte l'examen. Ce dernier deviendrait inutile si l'évaluation du caractère équitable devait s'inspirer d'une entente ou d'un contrat inéquitable. Ainsi, en Colombie-Britannique, les époux ne peuvent pas invoquer des clauses inéquitables en matière de partage des biens à la rupture du mariage. Ce sont là les limites du choix qui s'offre aux époux dans cette province.

81
L'intérêt public appuie cette conclusion. L'approche préconisée par les juges majoritaires n'encouragerait pas les époux à s'efforcer de conclure des ententes équitables — et de les réviser afin d'en maintenir le caractère équitable au fur et à mesure que leur situation évolue — étant donné qu'une partie potentiellement intransigeante pourrait se dire : « L'entente pourra se révéler inéquitable, mais un tribunal en tiendra néanmoins compte. » En l'espèce, l'appelant a témoigné que, lorsqu'il a appris que l'avocat de l'intimée considérait que le contrat créait une [TRADUCTION] « injustice flagrante », il a trouvé cela « intéressant », mais a refusé d'apporter les modifications nécessaires pour rendre le contrat équitable. Les parties disposent de plusieurs moyens équitables pour régler leurs affaires et protéger leurs biens. Elles doivent être encouragées à les examiner et à les choisir avec soin.

82
De plus, l'intention initiale des parties peut se révéler particulièrement problématique lorsqu'il est question d'évaluer le caractère équitable d'une entente prénuptiale qui, souvent, a été conclue

enter into a marriage hoping that it will succeed, and their cost-benefit analysis before execution may be based on the assumption that the risk of the provisions ever coming into effect is low. Fairness must be established based on a contemporaneous evaluation of the factors set out in the *FRA*. As acknowledged by the majority of the British Columbia Court of Appeal in this case: "What the parties view as fair at the time of executing the agreement may become unfair as the relationship evolves, and as circumstances change" (para. 61). This is exactly what the judge ought to evaluate under s. 65(1).

plusieurs années avant la séparation. Ainsi, parce qu'ils présument que leur mariage réussira bien, la plupart des gens évaluent mal la possibilité qu'ils doivent un jour recourir à leur contrat de mariage. Pour déterminer s'il y a équité, il faut apprécier les facteurs énumérés dans la *FRA* à la lumière des circonstances existantes. Comme l'ont reconnu, en l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « Ce qui était équitable pour les parties à la conclusion du contrat peut devenir inéquitable au fur et à mesure que leur relation et leur situation évoluent » (par. 61). Telle est précisément l'évaluation à laquelle le juge doit procéder en vertu du par. 65(1).

83 I would like to address a final issue before moving on to an analysis of the aforementioned principles in light of the facts of this case. The appellant argued before this Court that when an agreement contains unfair provisions on division of property, the court is not authorized to set aside the entire agreement. As I explained before, I agree that the existence of a marriage agreement cannot be ignored, although, as stated by the Court of Appeal in *Gold, supra*, at para. 57, "the difference between reforming an unfair agreement in order to make it fair and setting such an agreement aside will sometimes be more semantic than real". The principle was well articulated in *Stark v. Stark* (1990), 71 D.L.R. (4th) 446 (B.C.C.A.) (leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. xiv), when the Court of Appeal affirmed that under s. 65(1) "the court does not have to set aside the separation agreement; it merely reapportions the family assets of the spouses, a jurisdiction unknown at common law" (p. 453). Further, "it is not necessary to 'set aside' the separation agreement although reapportionment may have that effect as to some of its terms".

J'aimerais aborder une dernière question avant d'analyser les principes susmentionnés à la lumière des faits de la présente affaire. L'appelant a fait valoir devant notre Cour que le tribunal ne peut annuler au complet le contrat dont les clauses relatives au partage des biens sont inéquitables. Comme je l'ai déjà expliqué, je conviens que l'on ne saurait faire abstraction de l'existence d'un contrat de mariage, quoique, comme l'a affirmé la Cour d'appel dans l'arrêt *Gold*, précité, par. 57, [TRADUCTION] « la différence entre annuler un contrat inéquitable et le corriger pour le rendre équitable sera parfois plus sémantique que réelle ». Ce principe a été bien formulé dans l'arrêt *Stark c. Stark* (1990), 71 D.L.R. (4th) 446 (C.A.C.-B.) (autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. xiv), où la cour a confirmé que, aux termes du par. 65(1), [TRADUCTION] « le tribunal n'a pas à annuler l'accord de séparation; il ne fait que procéder à une redistribution des biens familiaux des époux, une compétence inconnue en common law » (p. 453). En outre, [TRADUCTION] « il n'est pas nécessaire d'"annuler" l'accord de séparation même si la redistribution peut avoir cet effet sur certaines de ses conditions ».

II. Application to the Facts of This Case

84 In my view, the trial judge properly considered the factors listed in s. 65 to conclude that the provisions on division of property in the Hartshornes' agreement were unfair. Except for Mr. Hartshorne's law partnership with which I will deal later, she was justified to reapportion the assets as she did,

II. Application aux faits de la présente affaire

À mon avis, la juge de première instance a tenu compte à bon droit des facteurs énumérés à l'art. 65 pour conclure à l'iniquité des clauses relatives au partage des biens contenues dans le contrat des Hartshorne. Sauf en ce qui concerne la question du cabinet d'avocats de M. Hartshorne, que

without regard to the unfair provisions of the agreement. The Court should consequently defer to her conclusions.

A. *The Trial Judge Did Not Err as a Matter of Principle*

As I mentioned at the outset of this opinion, the first instance proceedings took place over an extended period of time. The trial, dealing with the issues of divorce, custody and access, child support, spousal support, the effect of a marriage agreement, and the division of assets, lasted six days in July 1999. During the trial, counsel agreed that the valuation of the family assets would be dealt with at a later date, if necessary. Consequently, Beames J. gave reasons for judgment in November 1999 but was, for the most part, limited to defining which assets were family assets and making percentage apportionments. Over a year later, in February 2001, after having heard evidence and argument with respect to valuation, she gave reasons for judgment on outstanding issues which included the division of assets.

The majority cites Prowse J.A.'s opinion in *Toth v. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at paras. 57 and 59, which supports the contention that questions of reapportionment under s. 65 should generally be settled before turning to the question of maintenance: see also *Metzner v. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314 (C.A.), at para. 40. I agree with the wisdom of this position since it will sometimes be possible and easier to deal with the parties' need to become or remain economically independent through a fair division of capital family assets. As recognized by the B.C. legislature in s. 65(1)(e) of the *FRA*, and as was reaffirmed by this Court in *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, at para. 32, “[i]t is critical to recognize and encourage the self-sufficiency and independence of each spouse” at the time of and after their separation: see also *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at pp. 860-61.

j'examinerai plus loin, elle était justifiée de redistribuer les biens familiaux comme elle l'a fait, c'est-à-dire sans tenir compte des clauses inéquitables du contrat. La Cour devrait donc s'en remettre à ses conclusions.

A. *La juge de première instance n'a commis aucune erreur de principe*

Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, les procédures devant le tribunal de première instance ont duré longtemps. Le procès, qui a porté sur le divorce, la garde et les droits de visite, les aliments des enfants et ceux de l'épouse, l'incidence d'un contrat de mariage et le partage des biens, a duré six jours en juillet 1999. Au cours de ces procédures, les avocats ont convenu que la question de l'évaluation des biens familiaux serait examinée, si nécessaire, à une date ultérieure. En conséquence, la juge Beames a déposé, en novembre 1999, des motifs dans lesquels elle se contentait d'identifier les biens familiaux et d'établir la part respective des parties. Plus d'un an après, soit en février 2001, après la présentation de nouveaux éléments de preuve et de nouveaux arguments concernant l'évaluation, elle a déposé des motifs supplémentaires portant sur les questions non réglées qui avaient trait notamment au partage des biens.

Les juges majoritaires citent les motifs de la juge Prowse dans l'arrêt *Toth c. Toth* (1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 57 et 59, qui établissent la thèse selon laquelle il faut généralement régler toutes les questions de redistribution fondée sur l'art. 65 avant d'aborder la question des aliments : voir également *Metzner c. Metzner* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314 (C.A.), par. 40. À mon avis, cette approche est sage étant donné qu'il est parfois possible et plus facile de répondre au besoin des parties de devenir ou de demeurer économiquement indépendantes en procédant à un partage équitable des biens en capital familiaux. Comme l'a reconnu le législateur de la Colombie-Britannique à l'al. 65(1)e *FRA*, et comme la Cour l'a réitéré dans l'arrêt *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, par. 32, « [i]l est primordial de reconnaître et d'encourager l'autonomie et l'indépendance des deux époux » au moment de leur séparation et

Self-sufficiency will sometimes be intrinsically linked to matrimonial property:

It is the choices made about employment, savings, and spending which will determine if a family will be self-sufficient or, to use an equivalent financial planning term, financially independent. To be financially independent means to be able to meet future needs from the resources that have been acquired during the years of employment. This is the same definition that must be used to measure self-sufficiency in divorce. Can the wife meet her current and future needs from the resources acquired during the years of employment? Can she do so in accordance with the same standard of living as she would have had if the family unit had remained intact? [Emphasis added.]

(M. Grassby, "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 R.F.L. (3d) 369, at pp. 372-73)

Often, if one spouse was unemployed during all or part of the marriage relationship, staying at home to take care of his or her children, he or she will not have acquired the resources needed to become or remain independent post separation. Such an imbalance needs to be rectified in a principled and systematic manner. As a general rule, then, the trial judge should try to address in sequence (1) the apportionment of matrimonial property, (2) the existence of a right to maintenance and support and, if such a right exists, (3) the extent of the need for such maintenance or support. This sequence is not, however, a rule of law. Trial courts must not be straitjacketed.

87

A failure to proceed in this manner does not amount to an error in law or principle, but when it is not followed the evaluation process is rendered more hazardous. Consequently, Beames J. did not err by proceeding otherwise. She did so with the consent of the parties, presumably to avoid delaying the proceedings any further and to encourage a settlement. However, to assess the fairness of an agreement and reapportion family assets in a way that addresses the parties' economic self-sufficiency, one needs to have adequate valuation information. In the

subséquemment : voir également l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 860-861. L'autonomie est parfois intrinsèquement liée aux biens matrimoniaux :

[TRADUCTION] L'autonomie de la famille ou son indépendance financière — pour reprendre l'expression équivalente utilisée en planification financière — dépend des choix qui ont été faits en matière de travail, d'épargne et de dépense. Être financièrement indépendant signifie être en mesure de subvenir aux besoins futurs grâce aux ressources acquises au cours des années passées sur le marché du travail. C'est cette même définition qui doit être utilisée pour apprécier l'autonomie lors d'un divorce. L'épouse peut-elle subvenir à ses besoins actuels et futurs grâce aux ressources acquises au cours des années qu'elle a passées sur le marché du travail? Peut-elle le faire en maintenant le niveau de vie qu'elle aurait eu si l'unité familiale était restée intacte? [Je souligne.]

(M. Grassby, « Women in Their Forties : The Extent of Their Rights to Alimentary Support » (1991), 30 R.F.L. (3d) 369, p. 372-373)

Souvent, l'époux qui, pendant tout le mariage ou une partie du mariage, est resté à la maison pour s'occuper des enfants, au lieu d'aller sur le marché du travail, ne dispose pas des ressources nécessaires pour devenir ou demeurer indépendant après une séparation. Ce déséquilibre doit être corrigé d'une manière systématique et fondée sur des principes. En général, le juge de première instance devrait donc tenter d'aborder, dans l'ordre suivant, (1) la répartition des biens matrimoniaux, (2) l'existence d'un droit aux aliments et, si ce droit existe, (3) l'ampleur du besoin d'aliments. Cette façon de procéder n'est toutefois pas une règle de droit. Les tribunaux de première instance ne doivent pas être enfermés dans un carcan.

L'omission de procéder ainsi ne constitue donc pas une erreur de droit ou de principe, mais aura pour effet de rendre plus périlleux le processus d'évaluation. La juge Beames n'a donc pas commis d'erreur en ne suivant pas la démarche décrite ci-dessus. Elle l'a fait avec le consentement des parties, vraisemblablement pour éviter de retarder davantage les procédures et pour favoriser un règlement. Cependant, pour apprécier le caractère équitable d'un contrat et procéder à une répartition des biens familiaux qui assurera

case at bar, the trial judge commented at the valuation stage that the preliminary figures in front of her during the earlier 1999 trial allowed her to make some percentage apportionments, and that nothing had arisen since to justify changing them. Thus, without fully appreciating it, she found herself in a difficult situation. However, she proceeded systematically, and in a principled manner, and achieved, on the whole, a fair and reasonable outcome, with only one exception. Indeed, it is solely with respect to the reapportionment of the law partnership that Beames J.'s unconventional approach caused her to err in law by failing to apply the rule against double recovery (I shall elaborate upon this matter further under the next heading).

Therefore, I disagree with the majority's statement that the trial judge should first have applied the marriage agreement, then determined the need for spousal support, and finally decided whether the result warranted a different apportionment of assets in light of the s. 65 factors (para. 56). To proceed in this manner gives undue weight to the agreement, be it fair or unfair, when the whole purpose of the exercise provided for in s. 65(1) is to assess its fairness. A marriage agreement is merely a presumptive entitlement. The assessment of its fairness under s. 65 and of the extent to which it needs to be reapportioned are judicial prerogatives. Although, as a matter of logic for the reasons I have canvassed above, it will often be preferable to address the issue of division of matrimonial property before assessing needs for maintenance and support, ultimately the trial judge is best placed to know in what order to proceed. Therefore, despite the fact that Beames J. did not proceed in a conventional manner, unlike the majority I do not believe this constituted an error *per se*.

l'autonomie financière des parties, il faut disposer de renseignements suffisants sur la valeur de ces biens. En l'espèce, la juge de première instance a souligné, à l'étape de l'évaluation, que les chiffres préliminaires qui lui avaient été soumis lors du procès de 1999 lui avaient permis d'établir la part respective des parties. Selon elle, il n'était survenu, dans l'intervalle, aucun événement justifiant de modifier cette répartition. Ainsi, la juge Beames s'est retrouvée, sans le vouloir, dans une situation difficile. Elle a néanmoins procédé d'une manière systématique et, adoptant une approche de principe, elle est parvenue, à une exception près, à un résultat équitable et raisonnable dans l'ensemble. En fait, ce n'est qu'en ce qui concerne la redistribution du cabinet d'avocats que l'approche non conventionnelle de la juge Beames l'a amenée à commettre une erreur de droit en omettant d'appliquer la règle interdisant la double indemnisation (j'approfondirai la question sous la prochaine rubrique).

Par conséquent, je ne souscris pas à l'opinion des juges majoritaires selon laquelle la juge de première instance aurait d'abord dû appliquer le contrat, ensuite évaluer le besoin d'aliments entre époux et enfin décider si le résultat justifiait de répartir différemment les biens à la lumière des facteurs énumérés à l'art. 65 (par. 56). Cette façon de procéder accorde un poids indu au contrat peu importe qu'il soit équitable ou inéquitable, alors que l'examen prévu au par. 65(1) vise seulement à déterminer s'il est équitable. La conclusion d'un contrat de mariage ne fait qu'établir un droit présomptif. L'appréciation de son caractère équitable — en application de l'art. 65 — et de la mesure dans laquelle une redistribution s'impose relève de la prérogative judiciaire. Bien que logiquement, pour les raisons que j'ai exposées plus haut, il soit souvent préférable d'aborder la question du partage des biens matrimoniaux avant d'évaluer le besoin d'aliments, c'est en définitive le juge de première instance qui est le mieux placé pour décider dans quel ordre il va procéder. Par conséquent, même si l'approche adoptée par la juge Beames n'est pas conventionnelle, je ne crois pas, contrairement aux juges majoritaires, qu'il s'agisse là d'une erreur en soi.

B. *Evaluation of the Trial Judge's Findings of Fact*

(1) The Bulk of the Family Assets

89 The circumstances of negotiation and execution supported turning a keen eye to the Hartshornes' prenuptial agreement. The respondent was warned in a letter obtained through independent legal advice that the agreement might be "grossly unfair" and that she should not execute it in its present form. She raised her concerns with the appellant who declined to address them in any substantive way. The essential elements of this letter are summarized at para. 60 of the majority's opinion and I shall not repeat them here. Suffice it to say that, although this letter does not *per se* establish that the agreement was unfair, it underlines its shortcomings. For example, no matter how long the marriage lasted the respondent could not obtain more than a 49 percent interest in the family home. The majority states that by choosing to execute the agreement despite having noticed that it might be unfair, the respondent signalled that she was not concerned. This analysis, in my view, is not acceptable and confuses fairness with unconscionability. While it is true that the agreement's shortcomings were apparent to some degree at the time of execution, foreseeability (or simply "signing" the agreement) does not cure its substantive unfairness. Although it may constitute a bar to setting the agreement aside on the ground of unconscionability, independent legal advice prior to execution does not render it fair nor does it leave the trial judge powerless: see *Davidson v. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442 (B.C.C.A.); *Gold, supra; Stark, supra*. As emphasized above, the fairness of marriage agreements must be assessed at the time of application to the court, in light of the factors contained in s. 65(1) of the *FRA*.

90 There are indications that the respondent was in a vulnerable position in negotiation — not enough

B. *Évaluation des conclusions de fait de la juge de première instance*

(1) L'analyse applicable à la majeure partie des biens familiaux

La juge de première instance devait examiner attentivement l'entente prénuptiale des Hartshorne en raison des circonstances qui ont entouré sa négociation et sa conclusion. L'intimée avait été prévenue, par avis juridique indépendant, que l'entente était susceptible de [TRADUCTION] « créer une injustice flagrante » et qu'elle ne devrait pas la conclure telle qu'elle était alors rédigée. Elle a fait part de ses craintes à l'appelant qui, à toutes fins pratiques, a refusé d'en tenir compte. Je ne considère pas nécessaire de reproduire ici les éléments essentiels de cette lettre qui sont résumés au par. 60 des motifs majoritaires. Qu'il suffise de dire que, même si cette lettre ne prouve pas en soi que l'entente était inéquitable, elle en souligne cependant les lacunes. Par exemple, peu importe la durée du mariage, l'intimée pourrait tout au plus détenir 49 pour 100 de la résidence familiale. Pour les juges majoritaires, l'intimée ne peut plus se plaindre de l'entente du fait qu'elle a choisi de la signer après avoir été prévenue qu'elle pourrait être inéquitable. J'estime cette position inacceptable et, en la maintenant, les juges majoritaires confondent iniquité et exorbitance. Même s'il est vrai que les lacunes de l'entente étaient apparentes jusqu'à un certain point au moment de sa conclusion, il reste que la prévisibilité (ou encore le simple fait de la « conclure ») n'élimine pas l'iniquité substantielle. Quoiqu'il puisse faire obstacle à l'annulation pour cause d'exorbitance, le fait d'avoir reçu des conseils juridiques indépendants avant de conclure l'entente ne la rend pas pour autant équitable, et n'empêche pas le juge de première instance d'intervenir : voir *Davidson c. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442 (C.A.C.-B.); *Gold*, précité; *Stark*, précité. Comme je l'ai déjà souligné, il faut déterminer, à la lumière des facteurs énumérés au par. 65(1) *FRA*, si le contrat de mariage était équitable au moment de la présentation de la demande au tribunal.

Certains faits portent à croire que l'intimée était vulnérable lors de la négociation — pas suffisamment

for the agreement to be unconscionable, but enough to suggest that the trial judge should be alive to the possibility that the agreement was unfair. The respondent had already been out of the workforce and dependent on the appellant for almost two years and had only ever worked as a lawyer (and before that, an articling student) in the appellant's firm. The agreement was concluded under pressure with the wedding fast approaching. The respondent sought changes to the agreement before execution but was unable to persuade the appellant to agree, except with respect to minor changes, such as the insertion of a clause to the effect that her signature was not voluntary and was at his insistence. These circumstances illustrate the appellant's position of power within the relationship, as well as the respondent's correlative dependence. That she remained at home for the rest of the marriage relationship to take care of the couple's children further illustrates the power dynamics at play. Taken as a whole, these circumstances justify reviewing the agreement with increased scrutiny.

Referring to "traditional" marriages, L. J. Weitzman stated in *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985), at p. 342, that:

Marriage gives men the opportunity, support, and time to invest in their own careers. Thus marriage itself builds and enhances the husband's earning capacity. For women, in contrast, marriage is more likely to act as a career liability. Even though family roles are changing, and even though married women are increasingly working for pay during marriage, most of them nevertheless subordinate their careers to their husbands' and to their family responsibilities. This is especially true if they have children. Thus women are often doubly disadvantaged at the point of divorce. Not only do they face the . . . income gap that affects all working women, they also suffer from the toll the marital years have taken on their earning capacity.

This is exactly what happened in the case at bar. Nevertheless, at para. 63 of its opinion, the majority

pour que le contrat soit exorbitant, mais suffisamment pour attirer l'attention de la juge de première instance sur la possibilité que le contrat soit inéquitable. L'intimée avait quitté le marché du travail et était à la charge de l'appellant depuis presque deux ans; elle n'avait travaillé comme avocate (et, auparavant, comme stagiaire) qu'au sein du cabinet d'avocats de l'appellant. Le contrat a été conclu sous pression alors que la cérémonie du mariage approchait à grands pas. L'intimée a demandé que des changements soient apportés au contrat avant de le signer, mais l'appellant n'a consenti qu'à des modifications mineures, telle l'insertion d'une clause précisant que l'intimée signait non pas de plein gré, mais parce que l'appellant insistait pour qu'elle le fasse. Ces circonstances illustrent la position de force que l'appellant occupait dans la relation, ainsi que l'état correspondant de dépendance dans lequel se trouvait l'intimée. Le fait que l'intimée soit restée au foyer pour s'occuper des enfants pendant le reste du mariage constitue un autre exemple du rapport de force qui existait dans le couple. Dans l'ensemble, ces circonstances justifient un examen plus approfondi du contrat.

Au sujet des mariages « traditionnels », L. J. Weitzman affirme ceci dans son ouvrage intitulé *The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985), p. 342 :

[TRADUCTION] Le mariage donne aux hommes l'occasion, le moyen et le temps d'investir dans leur propre carrière. Donc, le mariage lui-même édifie et renforce la capacité de gain du mari. Pour les femmes, par contre, le mariage risque le plus souvent d'être un handicap pour leur carrière. Même si les rôles au sein de la famille évoluent et même si les femmes mariées exercent de plus en plus un travail rémunéré pendant le mariage, la plupart subordonnent néanmoins leur carrière à celle de leur mari et à leurs responsabilités familiales. Ceci est particulièrement vrai si elles ont des enfants. Les femmes souffrent donc souvent d'un double désavantage en cas de divorce. Elles doivent non seulement faire face à l'écart [...] entre les revenus des deux sexes qui touche toutes les femmes au travail, mais elles sont également victimes du tort que les années de mariage causent à leur capacité de gain.

C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. Toutefois, les juges majoritaires affirment

bluntly states that it is “not realistic to assume” that the respondent had not “understood” the consequences of her decisions to be the primary caregiver of her two children and to postpone any further career development, thus implying that she should now accept these consequences and live with them. At this point, it is useful to recall Bastarache J.’s statement in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83, at para. 55, to the effect that a “decision not to marry should be respected because it . . . stems from a conscious choice of the parties”. In that case, it was decided that partners living in a conjugal relationship who chose not to get married did not have access to the protection of the matrimonial regime at stake, and that this did not violate s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Bastarache J. held that a decision to live together was insufficiently indicative of “a positive intention to contribute to and share in each other’s assets and liabilities” (para. 54). This necessarily implies that the conscious and solemn choice to enter a marriage relationship must be treated as such. Marriage is a “joint endeavour”, a socio-economic partnership: *Moge, supra*, at p. 870. On the one hand, married spouses are entitled to the full protection of their matrimonial regime. On the other, they must fully assume the responsibilities flowing from their decision to get married. By choosing to marry the respondent, to have children, and to support and benefit from his wife’s work in the private sphere, Mr. Hartshorne agreed to bear all the consequences of the legislative regime regulating his decisions, including judicial review under s. 65 of the *FRA*. He cannot have his cake and eat it too.

92

It is true that the trial judge’s reasons for judgment are not as detailed as they might have been on all of the factors that she mentioned in arriving at her determination that the marriage agreement was unfair. However, she correctly focuses on the factors listed in s. 65. She indicates that the most relevant factors corresponding to the s. 65(1) subsections were: (a) the 12½-year duration of the relationship, (c) the fact that almost all the property

carrément, au par. 63 de leurs motifs, qu’il « n’est pas réaliste de présumer » que l’intimée n’a pas « compris » les conséquences de sa décision de s’occuper principalement de ses deux enfants et de retarder l’avancement de sa carrière, laissant ainsi entendre qu’elle doit maintenant accepter et supporter les conséquences de cette décision. Il m’apparaît utile, à ce stade, de rappeler les propos du juge Bastarache dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 55, voulant que « [l]a décision des parties de ne pas se marier commande [. . .] respect car elle relève [. . .] d’un choix conscient ». Dans cette affaire, la Cour a statué que les concubins qui déclinaient de ne pas se marier ne bénéficiaient pas de la protection découlant du régime matrimonial en cause, et que cette absence de protection ne contrevenait pas au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Bastarache a conclu que la décision de ces personnes de faire vie commune n’était pas suffisante pour démontrer « leur intention réelle de contribuer à l’actif et au passif l’un de l’autre et de le partager » (par. 54). Cela signifie nécessairement que le choix conscient et solennel de se marier doit être traité comme tel. Le mariage est une « entreprise commune », une association socio-économique : *Moge*, précité, p. 870. D’une part, les conjoints mariés ont droit à l’entièvre protection de leur régime matrimonial. D’autre part, ils doivent assumer pleinement les responsabilités découlant de leur décision de se marier. En décidant d’épouser l’intimée, d’avoir des enfants, d’appuyer son choix de travailler à la maison et d’en bénéficier, M. Hartshorne a accepté de supporter toutes les conséquences du régime législatif régissant ses décisions, parmi lesquelles figure l’examen judiciaire prévu à l’art. 65 *FRA*. Il ne saurait donc réclamer le beurre et l’argent du beurre.

Il est vrai que les motifs de jugement de la juge de première instance ne sont pas aussi détaillés qu’ils auraient pu l’être pour chacun des facteurs qu’elle a mentionnés en décidant que le contrat de mariage était inéquitable. Cependant, elle s’est concentrée, à juste titre, sur les facteurs énumérés à l’art. 65. Elle a indiqué que les facteurs les plus pertinents étaient : (a) les 12 années et demie pendant lesquelles la relation a duré, (c) le fait que presque tous les

was acquired by the appellant prior to the relationship, (e) the respondent's need to become or remain economically independent and self-sufficient, and (f) the respondent's role in the construction of the family home, and the effect that her assumption of homemaking responsibilities had on the appellant's ability to focus on his law practice. Given these factors, Beames J. was satisfied that the agreement was unfair. She makes particular reference to the respondent having postponed her own future career development, while having received no entitlement to any pension or retirement savings in the agreement, and an insufficient interest in the family home and its contents. She writes, at para. 58 of her 1999 decision:

Under the terms of the agreement, as signed by the parties, the defendant could do no better, no matter how long the marriage lasted, than a 49% interest in the family home, a joint interest in the household contents, and an interest in family cars. Notwithstanding the fact that she had given up, by that time, her own law practice, and at least postponed any further career development, the agreement provided nothing for that sacrifice, and in particular, made no provision for any entitlement to pension or retirement savings. By the time of the separation, the terms of the agreement provided that the defendant's interest in the family home was 27%, using a period of cohabitation following marriage of 9 years, at 3% per year.

This rightly takes into account concerns regarding the dependent spouse's capital impairment on marital breakdown. Thus, these are all appropriate considerations that reflect the substantive unfairness of the agreement at the time of application. The trial judge's conclusion with respect to the unfairness of the agreement was reasonable and should, therefore, be maintained, save for her findings on the law partnership.

Beames J.'s reasoning on the figures she reached in reapportionment is once again rather succinct. However, she makes it clear that her objective is to achieve fairness, which is correct. As discussed above, it would have been incorrect for her to assign weight to provisions that she found to be unfair. She did not do so. While one might disagree with the exact reapportionment she reaches, I believe that for the bulk of the family assets, Beames J. did

biens ont été acquis par l'appelant avant la relation, (e) le besoin de l'intimée de devenir ou de demeurer économiquement indépendante et autonome, et (f) le rôle joué par l'intimée dans la construction de la résidence familiale ainsi que l'incidence que son rôle de ménagère a eu sur la capacité de l'appelant de se consacrer à la pratique du droit. Compte tenu de ces facteurs, la juge Beames a estimé que le contrat était inéquitable. Elle a mentionné, en particulier, le fait que l'intimée a retardé l'avancement de sa propre carrière en dépit du fait que le contrat ne lui donnait droit à aucune pension ni à aucune épargne-retraite, et qu'elle possédait un intérêt insuffisant dans la résidence familiale et son contenu. La juge écrit, au par. 58 de sa décision de 1999 :

[TRADUCTION] D'après le contrat signé par les parties, peu importe la durée du mariage, la défenderesse pouvait tout au plus détenir un intérêt de 49 pour 100 dans la résidence familiale, un intérêt conjoint dans les biens du ménage et un intérêt dans les véhicules automobiles familiaux. En dépit du fait qu'elle avait alors abandonné la pratique du droit et retardé à tout le moins l'avancement de sa carrière, le contrat n'accordait rien en échange de ce sacrifice et, en particulier, ne prévoyait aucun droit à une pension ou à une épargne-retraite. Lors de la séparation, la défenderesse détenait, selon le contrat, un intérêt de 27 pour 100 dans la résidence familiale fondé sur une période de cohabitation de 9 ans après le mariage, à raison de 3 pour 100 par année.

Cette analyse tient compte, à juste titre, des préoccupations relatives à l'insuffisance de capital de l'époux à charge à la rupture du mariage. Ces considérations sont toutes pertinentes. Elles témoignent de l'iniquité substantielle du contrat au moment de la présentation de la demande. La juge de première instance a eu raison de conclure à l'iniquité du contrat et sa conclusion devrait être maintenue, sauf en ce qui concerne le cabinet d'avocats.

Le raisonnement que la juge Beames adopte au sujet des données auxquelles elle est parvenue en effectuant la redistribution est, là encore, plutôt succinct. Toutefois, elle affirme clairement que son objectif est de réaliser l'équité, ce qui est correct. Comme nous l'avons vu, elle aurait eu tort d'accorder du poids aux clauses qu'elle jugeait inéquitables. Elle ne l'a pas fait. Bien qu'on puisse être en désaccord avec la redistribution qu'elle a effectuée,

not commit any palpable and overriding error. As established by this Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 1 (*per* Iacobucci and Major JJ.), with respect to questions of fact and some questions of mixed fact and law, a “proposition that should be unnecessary to state is that a court of appeal should not interfere with a trial judge’s reasons unless there is a palpable and overriding error” (emphasis added). As I find that no such error was committed, I would not disturb the gist of her reapportionment. Thus, her conclusions regarding the family home and its contents, the RRSPs and savings, the vacation property, and the Ford Expedition should not be modified. In his dissent Thackray J.A. came to a similar reapportionment. This conclusion is fair overall and in its constituent elements.

j’estime que la juge Beames n’a commis aucune erreur manifeste et dominante en redistribuant la majeure partie des biens familiaux. Comme notre Cour l’a établi dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 1 (les juges Iacobucci et Major), au sujet des questions de fait et de certaines questions mixtes de fait et de droit, « [i]l va sans dire qu’une cour d’appel ne devrait modifier les conclusions d’un juge de première instance qu’en cas d’erreur manifeste et dominante » (je souligne). Comme je suis d’avis que la juge n’a commis aucune erreur de cette nature, je ne modiferais pas l’aspect le plus important de la redistribution qu’elle a effectuée, à savoir ses conclusions concernant la résidence familiale et son contenu, les REER et les économies, la résidence secondaire et le Ford Expedition. Dans ses motifs dissidents, le juge Thackray est parvenu à une redistribution similaire. Cette conclusion est équitable tant dans l’ensemble que sur le plan de ses éléments constitutifs.

(2) The Law Partnership

94

At para. 66 of its opinion, the majority recognizes that “a law corporation could potentially be classified as a family asset” capable of being reapportioned under s. 65(1) of the *FRA*. In fact, the categorization of professional practices as family assets is consistent with British Columbia’s jurisprudence. For example, in *Underhill v. Underhill* (1983), 45 B.C.L.R. 244, the British Columbia Court of Appeal held that the husband’s interest in a law partnership was a family asset. In the case at bar, I disagree with the majority’s finding that the appellant’s interest in the partnership should not be categorized as a family asset.

(2) L’analyse applicable au cabinet d’avocats

Au paragraphe 66 de leurs motifs, les juges majoritaires reconnaissent qu’« il est possible [...] de classer un cabinet d’avocats dans la catégorie des biens familiaux » qui peuvent faire l’objet d’une redistribution en vertu du par. 65(1) *FRA*. En fait, classer les cabinets professionnels dans la catégorie des biens familiaux est conforme à la jurisprudence de la Colombie-Britannique. Par exemple, dans l’arrêt *Underhill c. Underhill* (1983), 45 B.C.L.R. 244, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué que l’intérêt détenu par le mari dans un cabinet d’avocats était un bien familial. En l’espèce, je ne suis pas d’accord avec les juges majoritaires lorsqu’ils concluent que l’intérêt de l’appelant dans le cabinet ne doit pas être classé dans la catégorie des biens familiaux.

95

Family assets are defined in s. 58 of the *FRA*:

L’article 58 *FRA* définit un bien familial en ces termes :

[TRADUCTION]

58 (1) Subject to section 59, this section defines family asset for the purposes of this Act.

58 (1) Sous réserve de l’article 59, le présent article définit les biens familiaux pour les besoins de la Loi.

- (2) Property owned by one or both spouses and ordinarily used by a spouse or a minor child of either spouse for a family purpose is a family asset.
- (3) Without restricting subsection (2), the definition of family asset includes the following:
- . . .
- (e) a right, share or an interest of a spouse in a venture to which money or money's worth was, directly or indirectly, contributed by or on behalf of the other spouse.
- (2) Le bien qui appartient à l'un des conjoints ou aux deux et qui est ordinairement utilisé par un conjoint ou un enfant mineur de l'un ou l'autre des conjoints à une fin familiale est un bien familial.
- (3) Sans restreindre la généralité du paragraphe (2), la définition de biens familiaux comprend :
- . . .
- (e) un droit, une participation ou un intérêt d'un conjoint dans une entreprise à laquelle un apport en argent, ou qui s'évalue en argent, a été fait directement ou indirectement par l'autre conjoint ou pour son compte.

I am of the view that the appellant's interest in the law firm falls squarely within the ambit of s. 58(3)(e) and is, consequently, a family asset.

The majority states that it must be excluded under s. 59(1):

59 (1) If property is owned by one spouse to the exclusion of the other and is used primarily for business purposes and if the spouse who does not own the property made no direct or indirect contribution to the acquisition of the property by the other spouse or to the operation of the business, the property is not a family asset.

Based on this definition, for an asset to be excluded as a business asset, two conditions must be met: (1) it must be used primarily for business purposes, and (2) the non-owning spouse must have made no contribution to its acquisition or to the operation of the business. The problem with the majority's position is that, in this case, the respondent did contribute significantly to the operation of the law partnership.

As explicitly recognized in s. 59(2):

(2) In section 58(3)(e) or subsection (1) of this section, an indirect contribution includes savings through effective management of household or child rearing responsibilities by the spouse who holds no interest in the property.

J'estime que l'intérêt que détient l'appelant dans le cabinet d'avocats relève directement de l'al. 58(3)e) et constitue donc un bien familial.

Les juges majoritaires affirment qu'il doit être exclu en application du par. 59(1):

[TRADUCTION]

59 (1) Lorsqu'un bien appartient à un conjoint à l'exclusion de l'autre et est utilisé surtout à des fins commerciales et lorsque le conjoint à qui n'appartient pas le bien n'a contribué ni directement ni indirectement à l'acquisition du bien par l'autre conjoint ou au fonctionnement de l'entreprise, le bien n'est pas un bien familial.

Selon cette définition, deux conditions doivent être remplies pour qu'un bien soit exclu à titre de bien commercial : (1) il doit être utilisé surtout à des fins commerciales et (2) le conjoint à qui n'appartient pas le bien ne doit avoir contribué ni à l'acquisition du bien ni au fonctionnement de l'entreprise. La position des juges majoritaires est erronée du fait qu'en l'espèce l'intimée a contribué de façon importante au fonctionnement du cabinet d'avocats.

Comme le reconnaît explicitement le par. 59(2):

[TRADUCTION]

(2) À l'alinéa 58(3)e) ou au paragraphe (1) du présent article, une contribution indirecte comprend les économies résultant de la gestion efficace du ménage ou de l'éducation des enfants par le conjoint qui ne détient aucun intérêt dans le bien.

A contribution can thus be inferred from the fact of participation in household management and child rearing: see *Elsom v. Elsom* (1982), 35 B.C.L.R. 293 (S.C.), aff'd (1983), 37 R.F.L. (2d) 150 (B.C.C.A.) (leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. vii); *Gillespie v. Gillespie* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 28 (C.A.), at para. 56. It is noteworthy that in *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 1000 (*per* McLachlin J., as she then was) and at p. 1020 (*per* Cory J.), this Court has recognized that, in the context of common law unions, indirect services such as the provision of household services may justify the award of a proprietary interest in assets acquired over the course of a relationship. Indirect contribution can also include other types of contributions. For example, in *Piercy v. Piercy* (1991), 31 R.F.L. (3d) 187 (B.C.S.C.), supplementary reasons (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 285, a wife was living in affluent circumstances, with considerable household help, and there were no children of the marriage. The court found that she had made an indirect contribution in fulfilling the husband's expectations that she occupy a largely social role and be a "confidante and sounding board" (para. 25). In the case at bar, the respondent clearly provided a significant indirect contribution to the operation of the appellant's law practice. From 1987 to the date of separation, and indeed since the date of separation, she assumed full time responsibility for child care and homemaking, allowing the appellant to continue to practise full time, with significantly fewer concerns on his mind. This is more than sufficient to fulfill the requirements of ss. 59(2) and 58(3)(e). Therefore, Mr. Hartshorne's interest in the law partnership is a family asset capable of judicial reapportionment under s. 65(1) of the *FRA*.

98

Obviously, concluding that the law partnership is a family asset does not provide guidance as to whether Beames J. erred in reapportioning Mr. Hartshorne's interest in the law partnership in favour of the respondent. In fact, unlike the rest of her analysis, Beames J.'s reasoning on this issue lacks some coherence. In her initial analysis of the fairness of the marriage agreement and of

La contribution d'un conjoint peut donc s'inférer de sa participation à la gestion du ménage ou à l'éducation des enfants : voir *Elsom c. Elsom* (1982), 35 B.C.L.R. 293 (C.S.), conf. par (1983), 37 R.F.L. (2d) 150 (C.A.C.-B.) (autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. vii); *Gillespie c. Gillespie* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 28 (C.A.), par. 56. D'ailleurs, il convient de noter que, dans l'arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 1000 (la juge McLachlin, plus tard Juge en chef) et p. 1020 (le juge Cory), notre Cour a reconnu que, dans le contexte des unions de fait, des services indirects telles les tâches ménagères peuvent justifier l'attribution d'un intérêt propriétaire dans des biens acquis au cours de la relation. Une contribution indirecte peut également inclure d'autres types de contribution. Par exemple, dans la décision *Piercy c. Piercy* (1991), 31 R.F.L. (3d) 187 (C.S.C.-B.), motifs supplémentaires (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 285, une épouse sans enfant vivait dans l'aisance et bénéficiait d'une aide ménagère appréciable. La cour a jugé qu'elle avait apporté une contribution indirecte en répondant aux attentes de son mari qui souhaitait qu'elle joue essentiellement un rôle social et qu'elle soit une [TRADUCTION] « confidante et une conseillère » (par. 25). En l'espèce, l'intimée a clairement apporté une contribution indirecte importante au fonctionnement du cabinet d'avocats de l'appelant. De 1987 jusqu'à la date de la séparation et, en fait, depuis la séparation, elle s'est occupée seule des enfants et des tâches ménagères, ce qui a permis à l'appelant, beaucoup moins préoccupé, de continuer à exercer le droit à temps plein. Cela suffit amplement à satisfaire aux exigences du par. 59(2) et de l'al. 58(3)e). En conséquence, l'intérêt que détient M. Hartshorne dans le cabinet d'avocats constitue un bien familial pouvant faire l'objet d'une redistribution judiciaire en application du par. 65(1) *FRA*.

Il est évident qu'en concluant que le cabinet d'avocats est un bien familial, on ne répond pas à la question de savoir si la juge Beames a commis une erreur en effectuant, au profit de l'intimée, une redistribution de l'intérêt de M. Hartshorne dans le cabinet d'avocats. Contrairement au reste de son analyse, le raisonnement de la juge Beames sur cette question manque de logique. Premièrement,

the percentage of each family asset that should be reapportioned to achieve fairness, Beames J. did not mention the law corporation (1999 reasons, at paras. 63-64). She did, however, have an opinion on the matter at the time. In her second set of reasons, dealing with the issue of valuation, she writes, at para. 27:

During the course of this hearing, I advised counsel that it had been my view, at the time I provided Reasons following the first hearing, that the 60% to the plaintiff and 40% to the defendant distribution that I applied to all of the family assets, other than the home and contents, was appropriate for the law corporation as well.

The problem with this conclusion is that, during the first hearing, the trial judge did not have access to important valuation information that was introduced in the course of the second hearing, such as the decrease in value of the law firm relative to the value stated in the marriage agreement. Despite this important new information, Beames J. chose to stick to her first impressions. Compounded with the difficulties arising from the unconventional sequence in which she chose to address the issues of maintenance, support, division and valuation of property, her desire to remain faithful to her intuitions seems to have contributed to her failure to realize that she was committing an error.

Indeed, it seems illogical for Beames J. to have reapportioned the appellant's law practice, his main source of revenue, in a 3:2 ratio, while having previously demanded that he pay the respondent significant spousal support. On the facts of this case, this would amount to the respondent biting the hand that feeds her and imposing an unreasonable burden on the appellant. As noted by Major J., writing for the majority in *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43, at para. 1:

"Double recovery" or "double dipping" are terms that have come to describe the situation where, after an equal division of assets on marriage breakdown, one spouse

la juge Beames n'a pas inclus le cabinet d'avocats dans son évaluation initiale de l'équité du contrat de mariage et du pourcentage de chaque bien familial qui devrait faire l'objet d'une redistribution en vue d'assurer l'équité (décision de 1999, par. 63-64). Son opinion était, cependant, déjà formée à l'époque. Dans son deuxième jugement, elle écrit au sujet de la question de l'évaluation (par. 27) :

[TRADUCTION] Au cours de la présente audience, j'ai avisé les avocats que, au moment de prononcer les motifs à l'issue de la première audience, j'estimais que ma répartition de tous les biens familiaux — à l'exception de la résidence et de son contenu — dans une proportion de 60 pour 100 pour le demandeur et de 40 pour 100 pour la défenderesse convenait également au cabinet d'avocats.

Cette conclusion est problématique parce que, lors de la première audience, la juge de première instance n'avait pas accès à certains renseignements importants sur la valeur des biens, comme la baisse de la valeur du cabinet d'avocats par rapport à la valeur inscrite dans le contrat de mariage. Ces renseignements ont été fournis au cours de la seconde audience. En dépit de cette nouvelle donnée importante, la juge Beames a choisi de s'en tenir à sa première impression. Outre les difficultés découlant de l'ordre non conventionnel dans lequel elle a choisi d'aborder la question des aliments et celles du partage et de l'évaluation des biens, sa volonté de se fier à son intuition semble l'avoir empêchée de se rendre compte qu'elle commettait une erreur.

En effet, il semble illogique, de la part de la juge Beames, d'avoir procédé à une redistribution — dans une proportion de 3 pour 2 — du cabinet d'avocats de l'appelant, qui constituait sa principale source de revenus, après lui avoir ordonné de verser à l'intimée une importante pension alimentaire. Compte tenu des faits de la présente affaire, l'intimée se trouvait alors à mordre la main qui la nourrit et l'appelant se voyait imposer un fardeau déraisonnable. Comme le juge Major l'a souligné, au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43, par. 1 :

Les expressions « double indemnisation » ou « double ponction » décrivent une situation où, après un partage égal des biens à la rupture d'un mariage, un conjoint

claims continued support from the previously divided or equalized assets of the other spouse.

Double recovery can also happen when a capital family asset is reapportioned without considering the conditions of separation as a whole, including a prior spousal support order. This principle applies equally in the context of s. 65(1) of the *FRA*. In exercising her discretion to apportion family assets under s. 65(1), a trial judge must not come to a solution which results in double-dipping.

solicite une obligation alimentaire permanente tirée des biens de l'autre conjoint qui ont déjà fait l'objet du partage ou de l'égalisation.

Il peut également y avoir double indemnisation lorsqu'un bien en capital familial fait l'objet d'une redistribution qui ne tient pas compte de l'ensemble des conditions de la séparation, comme d'une ordonnance alimentaire rendue antérieurement au profit d'un époux. Ce principe s'applique également dans le contexte du par. 65(1) *FRA*. En exerçant son pouvoir discrétionnaire de répartir les biens familiaux en vertu du par. 65(1), un juge de première instance doit éviter de choisir une solution qui engendre une double ponction.

100 Admittedly, the order for spousal support was discontinued two years after the initial judgment (oral reasons for judgment of Melnick J., February 11, 2002). This state of affairs cannot, however, be determinative since support orders, or discontinuation thereof, continue to be reviewable when the circumstances laid out in the *Divorce Act* arise. Moreover, what is being reviewed at this stage is the fairness of the trial judge's judicial reapportionment per se. At the time her reasons for judgment were released, the trial judge had no means to anticipate if, when and how her spousal support order would be modified.

101 To assess the fairness of a division of family assets, one must look at it as a whole and consider it together with the parties' other financial arrangements. Had the trial judge first proceeded to the reapportionment of the law partnership and then tailored the amount of spousal support in consequence, my conclusion might have been different. Alternatively, had she been careful to reapportion the law partnership while giving full consideration to her prior spousal support order and to the decrease in value of the firm, I might also have been inclined to be more deferential. She did neither, instead considering each issue in a vacuum. In this case, given the amount of spousal support ordered and the reapportionment of other family assets, the law partnership should simply not have been included in the redistribution. The trial judge should have realized that it was inappropriate to deprive the appellant of

Certes, l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse a pris fin deux ans après le jugement initial (jugement oral du juge Melnick, 11 février 2002). Ce fait ne saurait toutefois être déterminant puisque les ordonnances alimentaires, ou leur cessation, peuvent toujours faire l'objet d'une révision dans les cas prévus par la *Loi sur le divorce*. De plus, à ce stade, l'examen porte précisément sur le caractère équitable de la redistribution effectuée par la juge de première instance. Au moment où elle a déposé son jugement, la juge de première instance ne pouvait pas prévoir si, quand et comment l'ordonnance alimentaire qu'elle avait rendue au profit de l'épouse serait modifiée.

Pour déterminer si un partage des biens familiaux est équitable, il faut l'examiner globalement et conjointement avec les autres arrangements financiers des parties. Ma conclusion aurait pu être différente si la juge de première instance avait d'abord procédé à la redistribution du cabinet d'avocats et ensuite ajusté en conséquence le montant de la pension alimentaire accordée à l'épouse. J'aurais également pu être davantage disposée à faire montre de déférence si elle avait pris soin de procéder à la redistribution du cabinet en tenant bien compte de l'ordonnance alimentaire qu'elle avait déjà rendue au profit de l'épouse et de la baisse de valeur du cabinet. Elle n'a rien fait de cela et a plutôt examiné chaque question dans l'abstrait. En l'espèce, compte tenu du montant de la pension alimentaire ordonnée au profit de l'épouse et de la redistribution des autres biens familiaux, le cabinet d'avocats n'aurait tout simplement

40 percent of his interest in his main source of income if he was to pay \$2,500 per month to the respondent as spousal support. On the one hand, taken together, Beames J.'s orders for spousal support and for reapportionment of the law firm constituted "double-dipping" and are thus anomalous; on the other hand, the remaining family assets considered together can properly be viewed as the respondent's fair share. This conclusion does not prejudice any variation application that the respondent might bring for a reevaluation of her need for spousal support following this decision.

pas dû faire l'objet d'un nouveau partage. La juge de première instance aurait dû se rendre compte qu'il ne convenait pas de priver l'appelant de 40 pour 100 de son intérêt dans sa principale source de revenu tout en l'obligeant à verser à l'intimée une pension alimentaire mensuelle de 2 500 \$. D'une part, prises dans leur ensemble, les ordonnances que la juge Beames a rendues au sujet des aliments payables à l'épouse et de la redistribution du cabinet d'avocats constituaient une « double ponction » et sont donc inacceptables; d'autre part, considérés dans leur ensemble, les autres biens familiaux peuvent être perçus à bon droit comme la juste part de l'intimée. Cette conclusion ne compromet nullement la possibilité qu'a l'intimée de présenter une demande de modification destinée à réévaluer son besoin d'aliments à la suite de la présente décision.

III. Conclusion

For the reasons given above, I would only allow the appeal in part, that is, to the extent that the appellant's law firm should not have been reapportioned in favour of the respondent. Costs should be awarded to the respondent in this Court.

Appeal allowed, BINNIE, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Megan Ellis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: McLachlan Brown Anderson, Vancouver.

III. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais le pourvoi, avec dépens en faveur de l'intimée devant notre Cour, à l'unique fin de déclarer que le cabinet d'avocats de l'appelant n'aurait pas dû faire l'objet d'une redistribution au profit de l'intimée.
102

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Megan Ellis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : McLachlan Brown Anderson, Vancouver.



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 4, 2004 Vol. 1

4^e cahier, 2004 Vol. 1

Cited as [2004] 1 S.C.R. 609-807

Renvoi [2004] 1 R.C.S. 609-807

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN

CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College727

Labour relations — Arbitration board — Scope of arbitration board's remedial jurisdiction — Employee dismissed without just cause for non-culpable deficiency — Board awarding damages in lieu of reinstatement — Whether arbitration board could award damages in lieu of reinstatement for dismissal for non-culpable deficiency — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 142(2).

Judicial review — Labour relations — Standard of review — Arbitration board — Employee dismissed without just cause for non-culpable deficiency — Board awarding damages in lieu of reinstatement — Standard of review applicable to board's interpretation of remedial provision and to board's award — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 142(2).

Bank of Nova Scotia v. Thibault758

Property law — Annuity — Trust — Registered retirement savings plan — Exemption from seizure — Right to withdraw funds — Alienation of capital — Whether self-directed registered retirement savings plan could be characterized as annuity or trust — Whether funds in self-directed registered retirement savings plan exempt from seizure — Civil Code requirements for registered retirement savings plan to qualify as annuity or trust and be exempt from seizure.

Civil procedure — Seizure — Self-directed registered retirement savings plan — Whether funds in self-directed registered retirement savings plan exempt from seizure.

Statutes — Interpretation — Declaratory law — Contract for constitution of annuity — Effect of statutory provision declaring that stipulation allowing total or partial withdrawal does not prevent annuity contract from being considered annuity — Act to amend the Act respecting insurance and other legislative provisions, S.Q. 2002, c. 70, s. 187.

Cartaway Resources Corp. (Re)672

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Securities Commission — Commission imposing maximum administrative penalty — Standard of review applicable to Commission's decision — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 41B.

Securities — Securities Commission — Enforcement — Administrative penalty — Principles Commission must consider in imposing administrative penalty in public interest — General deterrence — Commission imposing maximum administrative penalty against two securities brokers for breach of prospectus requirement — Whether general deterrence appropriate factor in assessing penalty

SOMMAIRE

Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College727

Relations de travail — Conseil d'arbitrage — Étendue du pouvoir de réparation du conseil d'arbitrage — Congédiement injustifié d'une employée pour cause de lacunes non blâmables — Dommages-intérêts accordés par le conseil au lieu de la réintégration — Le conseil d'arbitrage pouvait-il accorder des dommages-intérêts au lieu de la réintégration en cas de congédiement pour cause de lacunes non blâmables? — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 142(2).

Contrôle judiciaire — Relations de travail — Norme de contrôle — Conseil d'arbitrage — Congédiement injustifié d'une employée pour cause de lacunes non blâmables — Dommages-intérêts accordés par le conseil au lieu de la réintégration — Norme de contrôle applicable à l'interprétation par le conseil de la disposition concernant le pouvoir de réparation et à la sentence prononcée par le conseil — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 142(2).

Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault758

Droit des biens — Rente — Fiducie — Régimes enregistrés d'épargne-retraite — Insaisissabilité — Droit de retrait — Alienation de capital — Le régime enregistré d'épargne-retraite autogéré se qualifie-t-il comme une rente ou une fiducie? — Les fonds qui y sont versés sont-ils insaisissables? — Quelles sont les règles imposées par le Code civil pour qu'un régime enregistré d'épargne-retraite puisse se qualifier comme rente ou comme fiducie et ainsi être susceptible d'insaisissabilité?

Procédure civile — Saisie — Régime enregistré d'épargne-retraite autogéré — Les fonds versés dans un régime d'épargne-retraite autogéré sont-ils insaisissables?

Législation — Interprétation — Loi déclaratoire — Contrat constitutif de rente — Quel est l'effet de la disposition déclarant qu'une faculté de retrait partiel ou total n'empêche pas un contrat constitutif de rente d'être considéré comme tel? — Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002, ch. 70, art. 187.

Cartaway Resources Corp. (Re)672

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission des valeurs mobilières — Imposition de la sanction administrative maximale par la Commission — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commission — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 41B.

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières — Application de la loi — Sanction administrative — Principes à prendre en compte par la

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

in public interest — Whether Commission must consider settlement agreements entered into by its Executive Director with other brokers in assessing sanctions — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 162.

Securities — Securities Commission — Appeal of Commission decision — Commission imposing maximum administrative penalty against two securities brokers for breach of prospectus requirement — Whether Court of Appeal erred in reducing penalty — Whether penalty matter should have been referred back to Commission — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 167(3).

Practice — Parties — Substitution of party.

Garland v. Consumers' Gas Co.....629

Restitution — Unjust enrichment — Late payment penalty — Customers of regulated gas utility claiming restitution for unjust enrichment arising from late payment penalties levied by utility in excess of interest limit prescribed by s. 347 of Criminal Code — Whether customers have claim for unjust enrichment — Defences that can be mounted by utility to resist claim — Whether other ancillary orders necessary.

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal.....789

Civil rights — Unlawful interference with right — Remedy — Police officer — Discriminatory refusal to hire resulting from application of minimum standard for hearing acuity adopted by CUM pursuant to enabling Act — Quebec Tribunal des droits de la personne dismissing damages claim, declaring regulatory standard inoperable in relation to complainant and directing CUM to place complainant back in hiring process retroactively — Whether remedy appropriate — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

Civil rights — Unlawful interference with right — Remedy — Damages — Principles of public law ruling out possibility of awarding damages when legislation declared unconstitutional — Whether these principles impede implementation of s. 49 of Charter of Human Rights and Freedoms which entitles victims to damages — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

R. v. Fontaine.....702

Criminal law — Defences — Mental disorder automatism — Trial for murder before judge and jury — Trial judge withholding defence of mental disorder automatism from jury — Nature of evidential burden — Whether accused entitled to have defence considered and decided by jury.

SOMMAIRE (Suite)

Commission pour l'imposition de sanctions administratives d'intérêt public — Dissuasion générale — Imposition par la Commission de la sanction administrative maximale à deux courtiers en valeurs mobilières pour ne pas avoir respecté l'obligation de prospectus — La dissuasion générale constitue-t-elle un facteur pertinent pour la détermination d'une pénalité qui est dans l'intérêt public? — Pour déterminer les sanctions, la Commission doit-elle tenir compte des règlements amiables conclus par son directeur général avec d'autres courtiers? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 162.

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières — Appel de la décision de la Commission — Imposition par la Commission de la sanction administrative maximale à deux courtiers en valeurs mobilières pour ne pas avoir respecté l'obligation de prospectus — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant la pénalité? — La question de la pénalité aurait-elle dû être renvoyée à la Commission? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 167(3).

Pratique — Parties — Substitution de partie.

Garland c. Consumers' Gas Co.629

Restitution — Enrichissement sans cause — Pénalité pour paiement en retard — Action en restitution pour enrichissement sans cause intentée par les clients d'une entreprise de distribution de gaz réglementée à la suite de l'infraction, par cette dernière, de pénalités pour paiement en retard représentant un taux d'intérêt supérieur à la limite prescrite par l'art. 347 du Code criminel — L'action pour enrichissement sans cause des clients est-elle fondée? — Moyens de défense que l'entreprise peut opposer à l'action — D'autres ordonnances accessoires sont-elles requises?

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal789

Libertés publiques — Atteinte illicite à un droit — Réparation — Policier — Refus d'embauche discriminatoire découlant de l'application de la norme d'acuité auditive fixée par la CUM en vertu de sa loi constitutive — Tribunal des droits de la personne du Québec rejetant la demande de dommages-intérêts, déclarant la norme réglementaire inopposable au plaignant et ordonnant à la CUM de le réintégrer rétroactivement dans le processus d'embauche — Cette réparation est-elle appropriée? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

Libertés publiques — Atteinte illicite à un droit — Réparation — Dommages-intérêts — Principes de droit public excluant la possibilité de recours en

CONTENTS (Concluded)

R. v. Lohrer.....	627
Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Dissent in Court of Appeal raising question of law — Motion to quash appeal dismissed.	
Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92.....	609
Labour relations — Collective agreement — Interpretation by labour arbitrator — Employer's obligation to hire dispatched workers — Appropriate standard of review of arbitrator's award.	
Judicial review — Labour relations — Interpretation of collective agreement — Arbitrator's award — Appropriate standard of review.	

SOMMAIRE (Fin)

dommages-intérêts lorsque des lois sont déclarées constitutionnellement invalides — Ces principes font-ils obstacle à la mise en œuvre de l'art. 49 de la Charte des droits et libertés de la personne qui consacre le droit de réclamer des dommages-intérêts? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.	
R. c. Fontaine.....	702
Droit criminel — Moyens de défense — Automatisme avec troubles mentaux — Procès pour meurtre devant juge et jury — Refus du juge du procès de soumettre au jury la défense d'automatisme avec troubles mentaux — Nature de la charge de présentation — Le moyen de défense pouvait-il être soumis à l'appréciation et à la décision du jury?	
R. c. Lohrer.....	627
Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Dissidence en Cour d'appel soulevant une question de droit — Rejet de la requête en annulation d'appel.	
Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92.....	609
Relations de travail — Convention collective — Interprétation par l'arbitre du travail — Obligation de l'employeur d'embaucher les travailleurs assignés — Norme de contrôle applicable à la sentence arbitrale.	
Contrôle judiciaire — Relations de travail — Interprétation de la convention collective — Sentence arbitrale — Norme de contrôle appropriée.	

**Construction & General Workers' Union,
Local 92 Appellant**

v.

Voice Construction Ltd. Respondent

**INDEXED AS: VOICE CONSTRUCTION LTD. v.
CONSTRUCTION & GENERAL WORKERS' UNION,
LOCAL 92**

Neutral citation: 2004 SCC 23.

File No.: 29547.

Hearing and judgment: January 23, 2004.

Reasons delivered: April 8, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Labour relations — Collective agreement — Interpretation by labour arbitrator — Employer's obligation to hire dispatched workers — Appropriate standard of review of arbitrator's award.

Judicial review — Labour relations — Interpretation of collective agreement — Arbitrator's award — Appropriate standard of review.

The appellant, a trade union representing labourers in the construction industry, dispatched a union member from its hiring hall to the respondent, a construction company, notwithstanding the respondent's request that she not be sent to its job sites. The appellant claimed that the respondent's refusal to put her to work constituted a violation of the collective agreement and grieved the matter, stating that the respondent was required to hire the labourers dispatched by the union providing they were qualified and had not been previously terminated for cause. The arbitrator found that the collective agreement's "name hire" and "dispatch" provisions constituted an express restriction on the respondent's broad right to "hire and select workers" and accordingly held that the respondent was required to hire qualified workers properly dispatched by the union. On an application for judicial review under s. 143(2) of the Alberta *Labour Relations Code*, the reviewing judge found that the arbitrator had exceeded her jurisdiction by finding an express restriction on management's rights to hire and select. He

**Construction & General Workers' Union,
Local 92 Appellant**

c.

Voice Construction Ltd. Intimée

**RÉPERTORIÉ : VOICE CONSTRUCTION LTD. c.
CONSTRUCTION & GENERAL WORKERS' UNION,
LOCAL 92**

Référence neutre : 2004 CSC 23.

Nº du greffe : 29547.

Audition et jugement : 23 janvier 2004.

Motifs déposés : 8 avril 2004.

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

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

Relations de travail — Convention collective — Interprétation par l'arbitre du travail — Obligation de l'employeur d'embaucher les travailleurs assignés — Norme de contrôle applicable à la sentence arbitrale.

Contrôle judiciaire — Relations de travail — Interprétation de la convention collective — Sentence arbitrale — Norme de contrôle appropriée.

L'appelant est un syndicat qui représente des travailleurs du secteur de la construction. Par l'entremise de son bureau de placement, il a assigné une syndiquée à l'intimée, une entreprise de construction, même si cette dernière avait demandé que la travailleuse en question ne soit pas assignée à ses chantiers. L'appelant a fait valoir que le refus de l'intimée d'embaucher cette travailleuse constituait une violation de la convention collective et a déposé un grief, affirmant que l'intimée était tenue d'engager les travailleurs assignés par le syndicat, pourvu qu'ils soient qualifiés et n'aient pas déjà fait l'objet d'un renvoi motivé. L'arbitre a estimé que les dispositions de la convention collective relatives à l'"assignation" et à l'"embauchage nominal" ont pour effet de restreindre expressément le droit général de l'intimée "d'embaucher les travailleurs de son choix", et a conclu que l'intimée était tenue d'embaucher les travailleurs qualifiés régulièrement assignés par le syndicat. Statuant sur une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu du par. 143(2) du *Labour Relations Code* de l'Alberta, le juge de révision

applied a standard of correctness and quashed the award. A majority of the Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed and the arbitrator's award restored.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Fish JJ.: In assessing an arbitrator's ruling, a reviewing judge should adopt a pragmatic and functional analysis to determine the appropriate standard of review. Only after the standard of review is determined can the administrative tribunal's decision be scrutinized. An application for *certiorari* under s. 143(2) of the *Labour Relations Code* does not put the review beyond the reach of the pragmatic and functional approach but rather is a factor to be considered when conducting that analysis. Here, when the relevant factors of the pragmatic and functional approach are considered, the result mandates the less deferential standard of reasonableness. Neither the reviewing judge nor the Court of Appeal conducted the analysis mandated by the pragmatic and functional approach.

In applying the reasonableness standard, every element of the arbitrator's reasoning need not pass the reasonableness test; only the reasons as a whole need support the decision. The arbitrator's conclusion that the dispatch provisions in art. 6.01 and the name hire provisions in art. 6.02 of the collective agreement qualified the respondent's unfettered right to hire and select workers under art. 7.01 is reasonable given the terms of the agreement. The reviewing judge should not have interfered.

Per LeBel and Deschamps JJ.: The appropriate standard of review was reasonableness. The arbitrator's interpretation of the hiring provisions in the collective agreement was rational globally. It fell within the range of reasonable interpretations and therefore should not be disturbed by a reviewing court.

The appropriateness of using the patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* standards needs to be re-evaluated. Patent unreasonableness is an inadequate standard that provides too little guidance to reviewing courts, and has proven difficult to distinguish in practice from reasonableness *simpliciter* despite the many

a estimé que l'arbitre avait outrepassé sa compétence en concluant à l'existence d'une limitation expresse du droit de l'employeur d'embaucher les travailleurs de son choix. Il a appliqué la norme de la décision correcte et il a infirmé la décision. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la décision de l'arbitre est rétablie.

*La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Fish : Le juge chargé de contrôler la décision d'un arbitre doit procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable. Ce n'est qu'une fois qu'a été déterminée la norme de contrôle applicable que la décision du tribunal administratif peut être contrôlée. Le recours en *certiorari* prévu au par. 143(2) du *Labour Relations Code* ne fait pas obstacle à l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle, mais constitue plutôt un facteur qui doit être pris en compte dans cette analyse. En l'espèce, la prise en compte des facteurs pertinents de l'analyse pragmatique et fonctionnelle commande le recours à la norme de la décision raisonnable impliquant la moins grande déférence. Ni le juge de révision ni la Cour d'appel n'ont effectué l'analyse prescrite par la méthode pragmatique et fonctionnelle.*

Pour l'application de la norme de la décision raisonnable, il n'est pas nécessaire que chaque élément du raisonnement de l'arbitre satisfasse au critère du caractère raisonnable; il suffit que les motifs considérés dans leur ensemble étagent la décision. La conclusion de l'arbitre selon laquelle les clauses relatives à l'assignation de l'art. 6.01 et celles relatives à l'embauchage nominal de l'art. 6.02 de la convention collective avaient pour effet de restreindre le droit absolu de l'intimée d'embaucher les travailleurs de son choix en vertu de l'art. 7.01 est raisonnable compte tenu des autres clauses de la convention. Le juge de révision n'aurait pas dû intervenir.

Les juges LeBel et Deschamps : La norme de contrôle appropriée était celle de la décision raisonnable. L'interprétation par l'arbitre des clauses de la convention collective portant sur les conditions d'engagement des employés était globalement rationnelle. Elle se situait dans la gamme des interprétations raisonnables et ne devrait en conséquence pas être modifiée par le tribunal saisi de la demande de contrôle judiciaire.

Il faut réexaminer la pertinence du recours à la norme du manifestement déraisonnable et à celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Peu adéquate, la norme du manifestement déraisonnable ne semble guère capable de donner des orientations valables aux tribunaux et s'avère difficile à distinguer en pratique de la norme du

permutations it has gone through. The approach that a decision will not stand if it cannot be rationally supported by the relevant legislation should apply to judicial review on any reasonableness standard.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Foothills Provincial General Hospital v. United Nurses of Alberta, Local 115* (1998), 228 A.R. 122, leave to appeal refused, [1999] 3 S.C.R. xiii; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42.

By LeBel J.

Referred to: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Code, S.A. 1988, c. L-1.2, ss. 140, 142, 143.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2002), 317 A.R. 214, [2002] A.J. No. 1413 (QL), 2002 ABCA 255, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench (2001), 287 A.R. 273, [2001] A.J. No. 488 (QL), 2001 ABQB 310, quashing a labour arbitration, [2000] A.G.A.A. No. 88 (QL). Appeal allowed.

raisonnable *simpliciter*, malgré les nombreuses formulations qui en ont été données. L'approche selon laquelle une décision irrationnelle ne saurait être confirmée devrait être suivie en cas de contrôle judiciaire fondé sur toute norme de la décision raisonnable.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés : *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Foothills Provincial General Hospital c. United Nurses of Alberta, Local 115* (1998), 228 A.R. 122, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 3 R.C.S. xiii; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20.

Lois et règlements cités

Labour Relations Code, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 140, 142, 143.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2002), 317 A.R. 214, [2002] A.J. No. 1413 (QL), 2002 ABCA 255, qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (2001), 287 A.R. 273, [2001] A.J. No. 488 (QL), 2001 ABQB 310, qui avait annulé une sentence arbitrale, [2000] A.G.A.A. No. 88 (QL). Pourvoi accueilli.

Lyle S. R. Kanee and Jo-Ann R. Kolmes, for the appellant.

Thomas W. R. Ross and Vicki L. Giles, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Fish JJ. was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

1 This appeal from the Alberta Court of Appeal relates to the interpretation of a collective bargaining agreement and the level of deference a reviewing court should give to the decision of a properly appointed arbitrator acting pursuant to the Alberta *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2 (“LRC”).

2 The Court allowed the appeal from the bench and restored the arbitrator’s award for the reasons that follow. The appropriate standard of review in this matter was reasonableness, and the decision of the arbitrator met that test.

II. Background

3 The appellant, Construction & General Workers’ Union, Local 92, is a trade union representing labourers in the construction industry in northern Alberta and the Northwest Territories. The union, including Local 1111 from southern Alberta, negotiates a province-wide collective agreement with a registered trade association for employers called the Construction Labour Relations — An Alberta Association Labourers (Provincial) Trade Division. The respondent, Voice Construction Ltd., is a member of the association.

4 The appellant maintains a hiring hall and employers seeking labourers for hire contact the union to request the number of labourers required to be dispatched. Linda Gergley (“Gergley”), a member of the union for 14 years, had previously worked for the respondent in the fall of 1998. She was laid off in December of that year for lack of work. Although there had been difficulties between her and the

Lyle S. R. Kanee et Jo-Ann R. Kolmes, pour l’appelant.

Thomas W. R. Ross et Vicki L. Giles, pour l’intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Fish rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta porte sur l’interprétation d’une convention collective et sur le degré de déférence dont la cour de révision doit faire preuve à l’égard de la décision d’un arbitre régulièrement nommé et agissant en vertu du *Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2 (le « Code ») de l’Alberta.

La Cour a accueilli le pourvoi séance tenante et rétabli la décision de l’arbitre pour les motifs qui suivent. La norme de contrôle applicable en l’espèce était celle de la décision raisonnable et la décision de l’arbitre respectait ce critère.

II. Historique

L’appelant, Construction & General Workers’ Union, Local 92, est un syndicat qui représente des travailleurs du secteur de la construction dans le nord de l’Alberta et les Territoires du Nord-Ouest. Le syndicat, y compris la section locale 1111 du sud de l’Alberta, négocie à l’échelle provinciale une convention collective avec une association patronale du nom de Construction Labour Relations — An Alberta Association Labourers (Provincial) Trade Division. L’intimée, Voice Construction Ltd., est membre de cette association.

L’appelant exploite un bureau de placement syndical auquel s’adressent les employeurs pour demander qu’on leur assigne le nombre de travailleurs dont ils ont besoin. Linda Gergley, qui est membre du syndicat depuis 14 ans, avait travaillé pour l’intimée au cours de l’automne 1998. Elle a été mise à pied en décembre 1998 pour manque de travail. Bien que l’intimée et M^{me} Gergley aient eu

respondent, she had not been terminated for cause. Nonetheless, there was a notation on her record with the respondent that she was not to be rehired.

On June 30, 2000, the respondent faxed the appellant the names of 22 labourers, including that of the Gergley, that it did not wish to have dispatched to its job sites. In late July, the respondent requested 11 labourers for a construction project. The appellant's dispatch slips included Gergley. The respondent's manager called Gergley and advised her not to come to the construction site. Despite this, on July 31, 2000, Gergley was dispatched by the union to the project in accordance with union hiring hall procedures. Although she went through the orientation session, she was not assigned to a work crew and was sent home. Two other labourers who had also been on the "not for rehire" list were given work that day by the respondent.

The appellant claimed that the respondent's refusal to put Gergley to work constituted a violation of the collective agreement, stating that the respondent was required to hire the labourers dispatched by the union providing they were qualified and had not been previously terminated for cause.

A grievance pursuant to art. 15 of the collective agreement was taken. This required the arbitrator to apply the terms of the collective agreement to the complaint. Her decision turned on the interpretation of the "name hire" and "dispatch" provisions of the agreement.

The name hire provisions in art. 6.02 of the collective agreement state:

The Employer has the right to name hire supervision and employees provided such employees are in good standing with the appropriate Local Union in accordance with the following; (the following numbers are in addition to supervision)

- a) the Employer has the right to name hire the first twenty (20) employees on any one site.

des démêlés, cette dernière n'avait alors pas fait l'objet d'un renvoi motivé. Son dossier comportait toutefois une note précisant qu'elle ne devait pas être réembauchée.

Le 30 juin 2000, l'intimée a fait parvenir par télécopieur à l'appelant les noms de 22 travailleurs, dont celui de M^{me} Gergley, qu'elle ne voulait pas voir assignés à ses chantiers. À la fin juillet, l'intimée a demandé à l'appelant 11 ouvriers pour son chantier de construction. Le nom de M^{me} Gergley figurait sur les bordereaux d'assignation de l'appelant. Le gérant de l'intimée a téléphoné à M^{me} Gergley pour l'aviser de ne pas se présenter au travail. Le 31 juillet 2000, le syndicat a quand même assigné cette dernière au chantier de l'intimée conformément à la procédure du bureau de placement syndical. Bien qu'elle ait assisté à la séance d'initiation, M^{me} Gergley n'a pas été affectée à une équipe de travail et on lui a dit de rentrer chez elle. Le même jour, l'intimée a engagé deux ouvriers qui figuraient eux aussi sur la liste des travailleurs [TRADUCTION] « à ne pas réembaucher ».

L'appelant a fait valoir que le refus de l'intimée d'embaucher M^{me} Gergley constituait une violation de la convention collective, affirmant que l'intimée était tenue d'engager les travailleurs assignés par le syndicat, pourvu qu'ils soient qualifiés et n'aient pas déjà fait l'objet d'un renvoi motivé.

Un grief a été déposé conformément à l'art. 15 de la convention. Dans le cadre de cette procédure, l'arbitre devait appliquer les clauses de la convention à la demande de la salariée. La décision arbitrale dépend de l'interprétation donnée aux clauses relatives à l'« assignation » et à l'« embauchage nominal ».

L'article 6.02 de la convention collective, qui traite de l'embauchage nominal, est ainsi rédigé :

[TRADUCTION] Conformément aux modalités suivantes, l'employeur a le droit d'embaucher nommément les surveillants et employés, pourvu que ceux-ci soient en règle avec la section locale concernée : (les chiffres qui suivent n'incluent pas les surveillants)

- a) l'employeur a le droit d'embaucher nommément les vingt (20) premiers employés sur un chantier donné;

- b) thereafter the Employer shall have the right to name hire one additional employee out of every four employees hired.

- b) par la suite, l'employeur a le droit d'embaucher nommément un autre employé dans chaque groupe additionnel de quatre employés embauchés.

9 The dispatch provisions in art. 6.01 include:

L'article 6.01, qui régit l'assignation des travailleurs, précise notamment ce qui suit :

- (d) Workers dispatched by the Union who do not possess the required qualifications, and who are not hired by the contractor for that reason, will not be entitled to show up pay or any travelling expenses or allowances.
- (e) When an employee is terminated for just cause and is not eligible for rehire, if the Union is notified in writing by the Employer, such former employee shall not be dispatched to that same Employer without the express prior permission of the Employer.

- (d) Les travailleurs assignés par le syndicat qui ne possèdent pas les qualifications voulues et qui, pour ce motif, ne sont pas embauchés par l'entrepreneur n'ont pas droit à une indemnité de présence ou à quelque frais ou indemnité de déplacement que ce soit.

- (e) Lorsqu'un employé est congédié pour un motif valable et qu'il est inadmissible au rembauchage, le syndicat ne peut, si l'employeur l'en a avisé par écrit, assigner l'employé en question chez cet employeur sans l'autorisation préalable expresse de ce dernier.

10 The arbitrator found these provisions constituted an express restriction on the respondent's broad right to "hire and select workers", a right recognized in art. 7.01 of the collective agreement:

L'arbitre a estimé que ces conditions avaient pour effet de restreindre expressément le droit général de l'intimée [TRADUCTION] « d'embaucher les travailleurs de son choix », droit reconnu à l'art. 7.01 de la convention collective :

Subject only to the terms of this Agreement, the Union recognizes the right of the Employer to the management of its plant and the direction of the working forces, including the right to hire and select workers, promote and/or transfer any employee or to discharge any employee for just cause, and further recognizes the right of the Employer to operate and manage its business in accordance with its commitments and responsibilities including methods, processes and means of production or handling.

[TRADUCTION] Sous réserve seulement des autres clauses de la présente convention, le syndicat reconnaît le droit de l'employeur de gérer son usine et de diriger sa main-d'œuvre, y compris le droit d'embaucher les travailleurs de son choix, de promouvoir ou muter des employés ou encore de congédier un employé pour un motif valable, et il reconnaît en outre le droit de l'employeur d'exploiter et d'administrer son entreprise conformément à ses engagements et obligations, y compris les méthodes, procédés et moyens de production ou de manutention.

She concluded that the respondent had contravened the collective agreement by refusing to hire Gergley. In her opinion, the respondent was required to hire qualified workers who are properly dispatched by the union: [2000] A.G.A.A. No. 88 (QL).

L'arbitre a conclu que l'intimée avait violé la convention collective en refusant d'embaucher Mme Gergley. De l'avis de l'arbitre, l'intimée était tenue d'embaucher les travailleurs qualifiés qui ont été régulièrement assignés par le syndicat : [2000] A.G.A.A. No. 88 (QL).

11 Dea J., on an application for judicial review made to the Alberta Court of Queen's Bench under s. 143(2) of the *LRC*, quashed the arbitration award: (2001), 287 A.R. 273. He held that the arbitrator

Statuant sur une demande de contrôle judiciaire présentée à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en vertu du par. 143(2) du Code, le juge Dea a annulé la décision de l'arbitre : (2001), 287

had exceeded her jurisdiction in amending the collective agreement by finding an express restriction on management's rights to hire and select where, in his opinion, none existed. He applied a standard of correctness to quash the award and ordered that the matter be remitted to a differently constituted arbitration board.

The majority of the Court of Appeal, *per* McClung J.A., Russell J.A. concurring, upheld the decision of Dea J. and adopted his reasons: (2002), 317 A.R. 214.

Berger J.A., in dissent, would have allowed the appeal. He held that a limited right to name hire is inconsistent with an unlimited right to select. Berger J.A. concluded that the arbitrator was correct and found that the reviewing judge had erred in quashing the arbitrator's decision no matter what standard of review was applied.

III. Relevant Statutory Provisions

Labour Relations Code, S.A. 1988, c. L-1.2

140(1) Subject to subsection (2), no arbitrator, arbitration board or other body shall by its award alter, amend or change the terms of a collective agreement.

(2) If an arbitrator, arbitration board or other body determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by an employer for cause and the collective agreement does not contain a specific penalty for the infraction that is the subject-matter of the arbitration, the arbitrator, arbitration board or other body may substitute some other penalty for the discharge or discipline that to the arbitrator, arbitration board or other body seems just and reasonable in all the circumstances.

142 The award of an arbitrator, arbitration board or other body is binding

(a) on the employers and the bargaining agent,

A.R. 273. Le juge Dea a estimé que l'arbitre avait outrepassé sa compétence lorsqu'elle a modifié la convention collective en concluant à l'existence d'une limitation expresse du droit de l'employeur d'embaucher les travailleurs de son choix, alors que, selon lui, il n'existe aucune limitation de la sorte. Appliquant la norme de la décision correcte, il a infirmé la décision arbitrale et ordonné le renvoi de l'affaire devant un conseil d'arbitrage constitué différemment.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel, sous la plume du juge McClung, avec l'appui du juge Russell, ont confirmé la décision du juge Dea et souscrit à ses motifs : (2002), 317 A.R. 214.

Cependant, le juge Berger, dissident, aurait accueilli l'appel. Il a estimé que le droit limité d'embaucher nommément est incompatible avec l'existence d'un droit illimité de choisir. Il a conclu que l'arbitre avait raison et que le juge de révision avait commis une erreur en infirmant la décision de l'arbitre, indépendamment de la norme de contrôle qui avait été appliquée.

III. Dispositions législatives pertinentes

Labour Relations Code, S.A. 1988, ch. L-1.2

[TRADUCTION]

140(1) Sous réserve du paragraphe (2), un arbitre, un conseil d'arbitrage ou un autre organe ne peut, par sa sentence, modifier les clauses d'une convention collective.

(2) Si un arbitre, un conseil d'arbitrage ou un autre organe conclut qu'un employé a, pour un motif valable, été congédié par son employeur ou, pour un tel motif, a fait l'objet d'une autre mesure disciplinaire, et si la convention collective ne prévoit pas de sanction précise pour l'infraction visée par l'arbitrage, l'arbitre, le conseil d'arbitrage ou l'autre organe peut substituer à cette mesure la sanction qu'il estime juste et raisonnable dans les circonstances.

142 La décision de l'arbitre, du conseil d'arbitrage ou de l'autre organe lie :

a) l'employeur et l'agent négociateur;

12

13

14

- (b) in the case of a collective agreement between a bargaining agent and an employers' organization, on the bargaining agent, the employers' organization and employers bound by the agreement who are affected by the award, and
- (c) on the employees bound by the agreement who are affected by the award,

and the employers, employers' organization, bargaining agent and employees shall do or abstain from doing anything, as required of them by the award.

143(1) Subject to subsection (2), no award or proceeding of an arbitrator, arbitration board or other body shall be questioned or reviewed in any court by application for judicial review or otherwise, and no order shall be made or process entered or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, declaratory judgment, prohibition, quo warranto or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the arbitrator, arbitration board or other body in any of his or its proceedings.

(2) A decision, order, directive, declaration, ruling or proceeding of an arbitrator, arbitration board or other body may be questioned or reviewed by way of an application for judicial review seeking an order in the nature of certiorari or mandamus if the originating notice is filed with the Court no later than 30 days after the date of the proceeding, decision, order, directive, declaration or ruling or reasons in respect thereof, whichever is later.

(3) The Court may, in respect of an application pursuant to subsection (2), determine the issues to be resolved on the application, and limit the contents of the return from the arbitrator or arbitration board to those materials necessary for the disposition of those issues.

IV. Analysis

A. *Determining the Standard of Review*

15 Canadian jurisprudence is plain that in assessing an arbitrator's ruling, the reviewing judge should adopt a pragmatic and functional analysis to determine the appropriate standard of review: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canada*

b) dans le cas d'une convention collective entre un agent négociateur et une organisation patronale, l'agent négociateur, l'organisation patronale en question et les employeurs liés par la convention qui sont touchés par la décision;

c) les employés liés par la convention qui sont touchés par la décision.

De plus, les employeurs, l'organisation patronale, l'agent négociateur et les employés doivent faire ce que leur ordonne la sentence ou s'abstenir de faire ce qu'elle leur interdit.

143(1) Sous réserve du paragraphe (2), sont irrecevables devant un tribunal les demandes de contestation ou de révision des décisions ou mesures prononcées par un arbitre, un conseil d'arbitrage ou un autre organe, ou les instances visant la contestation, la révision, l'interdiction ou la limitation des activités de l'arbitre, du conseil d'arbitrage ou de l'organe concerné, par voie notamment d'injonction, de jugement déclaratoire, de bref de prohibition ou de *quo warranto*.

(2) Sont recevables devant un tribunal les demandes de contestation ou de révision des décisions, ordonnances, directives ou déclarations d'un arbitre, conseil d'arbitrage ou autre organisme, ou les instances visant la révision par voie d'une ordonnance de la nature d'un *certiorari* ou d'un *mandamus*, si l'acte introductif d'instance est déposé devant la Cour au plus tard 30 jours après la date de la décision, ordonnance, directive ou déclaration, ou des motifs y afférents, si cette date est postérieure.

(3) Le tribunal peut, à l'égard d'une demande visée au paragraphe (2), établir les questions à trancher et limiter le contenu du rapport de l'arbitre ou du conseil d'arbitrage aux éléments nécessaires pour statuer sur ces questions.

IV. Analyse

A. *Détermination de la norme de contrôle applicable*

Il ressort clairement de la jurisprudence canadienne que le juge chargé de contrôler la décision d'un arbitre doit procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable : *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,

(*Deputy Minister of National Revenue*) v. *Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63. The purpose is to ascertain the extent of judicial review that the legislature intended for a particular decision of the administrative tribunal: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 26; *Dr. Q*, *supra*, at para. 21; *C.U.P.E., Local 79*, *supra*, para. 13.

The pragmatic and functional approach involves the consideration of four contextual factors: (1) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; (3) the purposes of the legislation and the provision in particular; and (4) the nature of the question — law, fact or mixed law and fact: *Pushpanathan*, *supra*, at paras. 29-38; *Dr. Q*, *supra*, at para. 26; *Ryan*, *supra*, at para. 27. No one factor is dispositive: *Mattel*, *supra*, at para. 24.

Three standards of review have been recognized — patent unreasonableness, reasonableness and correctness: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 30; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 55; *Ryan*, *supra*, at para. 24.

Dr. Q, *supra*, confirmed that when determining the standard of review for the decision of an administrative tribunal, the intention of the legislature governs (subject to the constitutional role of the courts remaining paramount — i.e., upholding the rule of law). Where little or no deference is directed by the legislature, the tribunal's decision must be correct. Where considerable deference is directed, the test of patent unreasonableness applies. No single factor is determinative of that test. A decision of a specialized tribunal empowered by a policy-laden statute, where the nature

[1998] 1 R.C.S. 982; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63. Le but de cette démarche est de vérifier l'intention du législateur quant à l'étendue du contrôle judiciaire auquel doit être soumise une décision particulière du tribunal administratif en cause : *Pushpanathan*, précité, par. 26; *Dr Q*, précité, par. 21; *S.C.F.P., section locale 79*, précité, par. 13.

16 L'analyse pragmatique et fonctionnelle exige l'examen de quatre facteurs contextuels : (1) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; (2) l'expertise relative du tribunal par rapport à celle de la cour de révision sur le point en litige; (3) l'objet de la loi et de la disposition particulière en cause; (4) la nature de la question — de droit, de fait ou mixte de droit et de fait : *Pushpanathan*, précité, par. 29-38; *Dr Q*, précité, par. 26; *Ryan*, précité, par. 27. Aucun de ces facteurs n'est à lui seul déterminant : *Mattel*, précité, par. 24.

17 Trois normes de contrôle sont admises — la décision manifestement déraisonnable, la décision raisonnable et la décision correcte : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 30; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 55; *Ryan*, précité, par. 24.

18 Dans l'arrêt *Dr Q*, précité, notre Cour a confirmé que, dans la détermination de la norme de contrôle applicable à la décision d'un tribunal administratif, l'intention du législateur est la considération centrale (étant entendu que le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires — assurer le respect de la primauté du droit — continue de primer). Si le législateur n'exige que peu ou pas de déférence envers la décision du tribunal administratif, il faut alors que celui-ci ait rendu une décision correcte. S'il exige une grande déférence, la norme de la décision manifestement déraisonnable s'applique. Aucun

of the question falls squarely within its relative expertise and where that decision is protected by a full privative clause, demonstrates circumstances calling for the patent unreasonableness standard. By its nature, the application of patent unreasonableness will be rare. A definition of patently unreasonable is difficult, but it may be said that the result must almost border on the absurd. Between correctness and patent unreasonableness, where the legislature intends some deference to be given to the tribunal's decision, the appropriate standard will be reasonableness. In every case, the ultimate determination of the applicable standard of review requires a weighing of all pertinent factors: see *Pushpanathan, supra*, at para. 27.

facteur ne détermine à lui seul l'application de cette norme. Lorsque la décision émane d'un tribunal spécialisé habilité par une loi solidement ancrée dans des politiques d'intérêt général et que la nature de la question relève clairement de l'expérience relative du tribunal, lequel bénéficie de la protection d'une clause privative absolue, il s'agit là de circonstances commandant l'application de la norme de la décision manifestement déraisonnable. En raison de sa nature même, cette norme est rarement appliquée. Il est difficile de définir l'expression « décision manifestement déraisonnable », mais on peut affirmer qu'il doit s'agir d'une décision frôlant l'absurde. Entre la décision correcte et la décision manifestement déraisonnable, là où le législateur demande une certaine déférence envers la décision du tribunal, la norme appropriée est celle de la décision raisonnable. Dans chaque cas, la détermination de la norme de contrôle applicable exige la prise en compte de tous les facteurs pertinents : voir *Pushpanathan*, précité, par. 27.

19 Only after the standard of review is determined can the administrative tribunal's decision be scrutinized. It is important to recognize that the same standard of review will not necessarily apply to every ruling made by an arbitrator during the course of an arbitration: see *C.U.P.E., Local 79, supra*, at para. 14.

Ce n'est qu'une fois qu'a été déterminée la norme de contrôle applicable que la décision du tribunal administratif peut être contrôlée. Il est important de reconnaître que la même norme de contrôle ne s'appliquera pas nécessairement aux diverses décisions rendues par l'arbitre au cours de l'arbitrage : voir *S.C.F.P., section locale 79*, précité, par. 14.

20 Rather than determining the appropriate standard of review and then assessing the arbitrator's decision on that basis, the reviewing judge in this appeal appears to have reversed these steps. He first concluded that the labour arbitrator's interpretation of the collective agreement amounted to an amendment of the agreement and therefore exceeded her jurisdiction.

Au lieu de déterminer la norme de contrôle applicable puis de contrôler la décision de l'arbitre au regard de cette norme, le juge de révision semble en l'espèce avoir inversé ces étapes. Il a d'abord conclu que l'arbitre du travail avait donné de la convention une interprétation équivalant à une modification de celle-ci et que l'arbitre avait en conséquence outre-passé sa compétence.

21 In a manner of speaking, the cart was put before the horse. The reviewing judge should have determined the standard of review before assessing the arbitrator's reasons. In *Pushpanathan*, at para. 28, Bastarache J. explained the error in the reviewing judge's approach:

Le juge de révision a pour ainsi dire mis la charue devant les bœufs. Il aurait dû déterminer la norme de contrôle applicable avant d'examiner les motifs de l'arbitre. Dans l'arrêt *Pushpanathan*, par. 28, le juge Bastarache a expliqué ainsi l'erreur entachant l'analyse du juge de révision :

Although the language and approach of the “preliminary”, “collateral” or “jurisdictional” question has been replaced by this pragmatic and functional approach, the focus of the inquiry is still on the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal. Some provisions within the same Act may require greater curial deference than others, depending on the [four] factors which will be described in more detail below. To this extent, it is still appropriate and helpful to speak of “jurisdictional questions” which must be answered correctly by the tribunal in order to be acting *intra vires*. But it should be understood that a question which “goes to jurisdiction” is simply descriptive of a provision for which the proper standard of review is correctness, based upon the outcome of the pragmatic and functional analysis. In other words, “jurisdictional error” is simply an error on an issue with respect to which, according to the outcome of the pragmatic and functional analysis, the tribunal must make a correct interpretation and to which no deference will be shown. [Emphasis added.]

Neither the reviewing judge nor the Court of Appeal conducted the analysis mandated by the pragmatic and functional approach. In a number of appeals this Court has applied a standard of patent unreasonableness to the decisions of labour arbitrators relative to the interpretation and application of collective agreements: see *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178, at p. 214; *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923, at p. 935; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 337-39; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079, at paras. 58-60. However, when the pragmatic and functional approach is applied here, the result mandates the less deferential standard of reasonableness.

The provisions of the *LRC* do not provide arbitrators the protection of a full privative clause. While it is true that s. 143(2) provides a limited attack on the privative effect of s. 143(1) by making an allowance for *certiorari* or mandamus if the application is made within 30 days, this cannot be interpreted as a

Bien que la terminologie et la méthode de la question « préalable », « accessoire » ou « de compétence » aient été remplacées par cette analyse pragmatique et fonctionnelle, l’accent est tout de même mis sur la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal. Certaines dispositions d’une même loi peuvent exiger plus de retenue que d’autres, selon les [quatre] facteurs qui seront exposés plus en détail plus loin. Voilà pourquoi il convient toujours, et il est utile, de parler des « questions de compétence » que le tribunal doit trancher correctement pour ne pas outrepasser sa compétence. Mais il faut bien comprendre qu’une question qui « touche la compétence » s’entend simplement d’une disposition à l’égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l’analyse pragmatique et fonctionnelle. Autrement dit, une « erreur de compétence » est simplement une erreur portant sur une question à l’égard de laquelle, selon le résultat de l’analyse pragmatique et fonctionnelle, le tribunal doit arriver à une interprétation correcte et à l’égard de laquelle il n’y a pas lieu de faire preuve de retenue. [Je souligne.]

22

Ni le juge de révision ni la Cour d’appel n’ont effectué l’analyse prescrite par la méthode pragmatique et fonctionnelle. Dans plusieurs pourvois, notre Cour a appliqué la norme de la décision manifestement déraisonnable aux décisions rendues par des arbitres du travail relativement à l’interprétation et l’application de conventions collectives : voir *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, p. 214; *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d’administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923, p. 935; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 337-339; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079, par. 58-60. En l’espèce, toutefois, l’application de la méthode pragmatique et fonctionnelle commande le recours à la norme de la décision raisonnable impliquant la moins grande déférence.

23

Les dispositions du Code n’accordent pas aux arbitres la protection d’une clause privative absolue. Certes, le par. 143(2) atténue l’effet privatif du par. 143(1) en permettant les recours par voie de *certiorari* ou de *mandamus* si la demande est présentée dans les 30 jours, mais on ne peut

right of appeal. In addition, s. 142 simply states that the decision of an arbitrator is only “binding” upon the parties.

²⁴ The respondent also raised in argument that an application for *certiorari* under s. 143(2) puts the review beyond the reach of the pragmatic and functional approach. This submission fails. Historically, *certiorari* was a prerogative remedy based on judicial review. The allowance for *certiorari* in the *LRC* is now a factor to be taken into account when conducting the pragmatic and functional analysis, but does not displace it.

²⁵ Article 15.04 of the collective agreement has a privative clause that states:

. . .

If the complaint is not settled within three (3) days thereafter (excluding Saturdays, Sundays and Holidays), either party may take the grievance to an arbitrator for final and binding settlement. [Emphasis added.]

²⁶ Although ss. 142 and 143 of the *LRC* and art. 15.04 do not constitute full privative protection, they suggest that increased consideration be given to the decisions of labour arbitrators: see *Olds College, supra*, at pp. 926-27; *Bradco, supra*, at p. 333; *Foothills Provincial General Hospital v. United Nurses of Alberta, Local 115* (1998), 228 A.R. 122 (C.A.), at para. 12, leave to appeal refused, [1999] 3 S.C.R. xiii. A partial privative clause, in the absence of other factors, does not bestow the greatest degree of deference. It simply requires a careful assessment of the arbitrator’s role.

²⁷ The arbitrator in this case was required to interpret the collective agreement. Collective agreements, although similar to, are different in some respects from other types of contracts. While interpreting contracts falls squarely within the

considérer qu’il s’agit d’un droit d’appel. En outre, l’art. 142 dit simplement que la décision de l’arbitre « lie » les parties.

L’intimée a également fait valoir, au cours des plaidoiries, que le recours en *certiorari* prévu au par. 143(2) fait obstacle à l’application de la méthode pragmatique et fonctionnelle. Cet argument ne saurait être retenu. Dans le passé, le *certiorari* était un recours extraordinaire participant du contrôle judiciaire. Le fait que le Code permette les recours en *certiorari* est désormais un facteur qui doit être pris en compte dans l’analyse pragmatique et fonctionnelle, mais il n’écarte pas cette analyse.

L’article 15.04 de la convention collective contient une clause privative qui stipule notamment :

. . .

[TRADUCTION] Si la plainte n'est pas réglée dans les trois (3) jours qui suivent (à l'exclusion des samedis, dimanches et jours fériés), l'une ou l'autre des parties peut soumettre le grief à un arbitre pour règlement final et exécutoire. [Je souligne.]

Bien qu’ils n’assurent pas la protection complète d’une clause privative, les art. 142 et 143 du Code et l’art. 15.04 de la convention collective suggèrent une plus grande déférence à l’égard des décisions des arbitres du travail : voir *Olds College*, précité, p. 926-927; *Bradco*, précité, p. 333; *Foothills Provincial General Hospital c. United Nurses of Alberta, Local 115* (1998), 228 A.R. 122 (C.A.), par. 12, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 3 R.C.S. xiii. En l’absence d’autres facteurs, l’existence d’une clause privative partielle ne fait pas profiter le décideur du plus grand degré de déférence possible. Une telle clause requiert simplement un contrôle attentif du rôle de l’arbitre.

En l’espèce, l’arbitre devait interpréter la convention collective. En dépit des similitudes qui existent entre les conventions collectives et les autres types de contrats, les premières se distinguent néanmoins des seconds à certains égards.

expertise of courts, arbitrators, who function within the special sphere of labour relations, are likely in that field to have more experience and expertise in interpreting collective agreements. Consequently, this favours a certain degree of curial deference to arbitrators' interpretation and application of collective agreements.

The *LRC* seeks to regulate and resolve labour disputes in the most efficacious and least disruptive way. Generally, the resolution of labour relations disputes by the Labour Relations Board requires "polycentric" decision making which means it involves a number of competing interests and considerations, and calls for solutions that balance benefits and costs among various constituencies: see *Pushpanathan*, at para. 36. By contrast, proceedings before an arbitrator do not require the consideration of broad policy issues. Instead, the role of the arbitrator is to resolve a two-party dispute. In this appeal, that dispute related to the employer's obligation to hire dispatched workers. Even so, this factor suggests a deferential standard of review.

The nature of the problem at issue is a question of law — the interpretation of the terms of the collective agreement. The arbitrator stated at para. 18 of her decision:

I am asked to examine the provisions of this contract and determine whether the Employer has the right to refuse to hire qualified workers dispatched by the Union. In considering this matter, I am obliged to interpret the contract language as negotiated by the parties in accordance with well-accepted principles of contract interpretation.

Generally speaking, questions of law are subjected to a more searching review than are other questions, and frequently require the standard of correctness.

Alors que l'interprétation des contrats relève clairement de l'expertise des tribunaux judiciaires, les arbitres, qui travaillent dans le domaine particulier des relations du travail, sont susceptibles d'avoir dans ce domaine plus d'expérience et d'expertise en ce qui concerne l'interprétation des conventions collectives. Par conséquent, l'interprétation et l'application des conventions par les arbitres mérite un certain degré de déférence de la part des tribunaux judiciaires.

Le Code a pour objet de régir et régler les conflits de travail de la façon la plus efficace et la moins perturbatrice possible. En règle générale, le règlement des conflits de travail par la commission des relations du travail exige l'application d'un processus décisionnel « polycentrique », en ce sens que le conflit met en jeu un certain nombre d'intérêts et de considérations opposés et demande des solutions propres à assurer un équilibre coûts-bénéfices pour les divers groupes concernés : voir *Pushpanathan*, par. 36. Par contre, les instances dont un arbitre est saisi ne demandent pas l'examen de vastes questions de politique générale. Au contraire, le rôle de l'arbitre consiste à régler les différends qui surgissent entre deux parties. Dans le présent pourvoi, le différend concernait l'obligation de l'employeur d'embaucher les travailleurs assignés par le syndicat. Malgré tout, ce facteur suppose une norme de contrôle empreinte de déférence.

Le problème qui se pose en l'espèce est une question de droit — en l'occurrence l'interprétation des clauses de la convention collective. Au par. 18 de sa décision, l'arbitre a écrit ceci :

[TRADUCTION] On me demande d'examiner les clauses du présent contrat et de décider si l'employeur a le droit de refuser d'embaucher des travailleurs qualifiés assignés par le syndicat. Dans l'examen de cette question, je suis tenue d'interpréter le texte du contrat négocié par les parties en appliquant les principes bien établis d'interprétation des contrats.

De façon générale, les questions de droit font l'objet d'un examen plus minutieux que les autres questions et elles commandent fréquemment

Nevertheless, the interpretation of collective agreements, as noted in para. 27, is at the core of an arbitrator's expertise and this, in turn, points to some deference.

- 30 Taking into account all these factors, the arbitrator's decision in this appeal is entitled to a measure of deference, the appropriate standard of which is reasonableness.

B. *Application of the Standard of Reasonableness*

- 31 In *Ryan, supra*, at para. 55, Iacobucci J. explained that a decision will be unreasonable

... only if there is no line of analysis within the given reasons that could reasonably lead the tribunal from the evidence before it to the conclusion at which it arrived. If any of the reasons that are sufficient to support the conclusion are tenable in the sense that they can stand up to a somewhat probing examination, then the decision will not be unreasonable and a reviewing court must not interfere (see *Southam*, at para. 56). This means that a decision may satisfy the reasonableness standard if it is supported by a tenable explanation even if this explanation is not one that the reviewing court finds compelling (see *Southam*, at para. 79).

It is not necessary for every element of the tribunal's reasoning to pass the reasonableness test. The question is whether the reasons as a whole support the decision: *Ryan, supra*, at para. 56.

- 32 Generally management has a residual right to do as it sees fit in the conduct of its business. This right is subject to any express term of a collective agreement or human rights and other employment-related statutes providing otherwise: see *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, at para. 28. Here, art. 7.01 affirms the respondent's broad right to hire and select workers. However, this recognition is

l'application de la norme de la décision correcte. Néanmoins, l'interprétation des conventions collectives, comme je l'indique au par. 27, constitue un aspect central de l'expertise de l'arbitre du travail et suggère l'application d'une norme empreinte d'un certain degré de déférence.

Compte tenu de l'ensemble de ces facteurs, il y a lieu dans le présent pourvoi de faire preuve d'un certain degré de déférence envers la décision de l'arbitre, et la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

B. *Application de la norme de la décision raisonnable*

Dans l'arrêt *Ryan*, précité, par. 55, le juge Iacobucci a expliqué qu'une décision est déraisonnable :

... si aucun mode d'analyse, dans les motifs avancés, ne pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l'a fait. Si l'un quelconque des motifs pouvant étayer la décision est capable de résister à un examen assez poussé, alors la décision n'est pas déraisonnable et la cour de révision ne doit pas intervenir (*Southam*, par. 56). Cela signifie qu'une décision peut satisfaire à la norme du raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux de la cour de révision (voir *Southam*, par. 79).

Il n'est pas nécessaire que chaque élément du raisonnement du tribunal administratif satisfasse au critère du caractère raisonnable. La question consiste plutôt à se demander si, considérés dans leur ensemble, les motifs étayent la décision : *Ryan*, précité, par. 56.

Généralement, la direction dispose d'un droit résiduel de gérer son entreprise selon ce qu'elle juge indiqué. Ce droit est subordonné aux conditions expresses de la convention collective applicable ou aux dispositions à l'effet contraire des lois sur les droits de la personne et des autres lois relatives à l'emploi : voir *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, par. 28. En l'espèce, l'art. 7.01 énonce le droit

prefaced by the clause "Subject only to the terms of this Agreement".

The most controversial aspect of the arbitrator's decision is her finding that the respondent's right to hire and select workers was expressly restricted by the operation of other provisions in the agreement. Those provisions included: art. 6.01(d) which excuses an employer from hiring an unqualified worker who is dispatched by the union; art. 6.01(e) which prevents the union from dispatching a worker who had been previously terminated for just cause by the employer; and art. 6.02 which provides for a name hire regime where the employer has the right to name hire the first 20 workers on any job site and thereafter one worker for every four hired. In her view, these provisions would be redundant if an employer maintained an unfettered right to select from qualified workers dispatched by the union.

There were no provisions in the collective agreement explaining how the name hire procedure was to be carried out and no evidence from the respondent with respect to the number of labourers already at the job site. The respondent submitted that the number of labourers on the site is beside the point and further stated whatever purpose art. 6.02 served, it did not restrict an employer's right to hire and select workers in any way.

There is a narrow line between expressly stated and necessarily implied. An "express" restriction may nonetheless be open to interpretation. The presence of the provisions referred to by the arbitrator led to a decision that, taken as a whole, is capable of withstanding a "somewhat probing examination": *Ryan, supra*, at para. 46; *Dr. Q, supra*, at para. 39. Even if a more or less compelling conclusion can be drawn from the provisions of the collective agreement, that does not, on its

général de l'intimée d'embaucher les travailleurs de son choix. Cependant, cette reconnaissance est précédée de la mention [TRADUCTION] « Sous réserve seulement des autres clauses de la présente convention ».

33

L'aspect le plus controversé de la décision de l'arbitre réside dans sa conclusion que le droit de l'intimée d'embaucher les travailleurs de son choix a été expressément limité par l'effet d'autres clauses de la convention. Parmi ces clauses, mentionnons l'al. 6.01(d), qui dispense l'employeur d'embaucher les employés non qualifiés assignés par le syndicat, l'al. 6.01(e), qui interdit au syndicat d'assigner des employés qui ont déjà été congédiés pour un motif valable par l'employeur, et l'art. 6.02, qui établit un régime d'embauchage nominal accordant à l'employeur le droit de choisir les 20 premiers travailleurs pour tout chantier et, par la suite, un autre travailleur dans chaque groupe additionnel de quatre travailleurs embauchés. De l'avis de l'arbitre, ces clauses seraient redondantes si l'employeur conservait un droit absolu de choisir qui il veut parmi les travailleurs qualifiés qui lui sont assignés par le syndicat.

34

Aucune clause de la convention collective n'expliquait la manière dont la procédure d'embauchage nominal devait être appliquée. De plus, l'intimée n'a présenté aucune preuve quant au nombre de travailleurs se trouvant déjà sur le chantier. L'intimée a plaidé que le nombre de travailleurs sur le chantier n'est pas pertinent et que, peu importe l'objet de l'art. 6.02, il ne limitait d'aucune façon le droit de l'employeur d'embaucher les travailleurs de son choix.

35

La différence demeure bien mince entre ce qui est expressément énoncé et ce qui est nécessairement implicite. Une restriction peut être « expresse » et néanmoins prêter à interprétation. La présence des clauses auxquelles s'est référée l'arbitre a amené une décision qui, considérée globalement, est capable de résister à un « examen assez poussé » : *Ryan*, précité, par. 46; *Dr Q*, précité, par. 39. Même s'il est possible de dégager des clauses de la convention collective une autre

own, render the arbitrator's interpretation unreasonable.

36 In my view, the arbitrator's conclusion that the dispatch provisions in art. 6.01 and the name hire provisions in art. 6.02 qualified the respondent's unfettered right to hire and select workers under art. 7.01 is reasonable given the terms of the agreement. The reviewing judge should not have interfered.

37 Since this is sufficient to dispose of the appeal, there is no need to consider the arbitrator's alternative finding that if the respondent's hiring rights are not restricted by provisions of the agreement, an employer must act reasonably in exercising its discretion to refuse to hire qualified and properly dispatched workers.

V. Disposition

38 I would allow the appeal, restore the arbitrator's award, and grant costs to the appellant throughout.

The reasons of LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

39 **LEBEL J.** — I have considered the reasons of Major J. and, subject to the following comments, I concur with his disposition of the appeal. I also agree that the appropriate standard of review is reasonableness and that the arbitrator's interpretation of the hiring provisions in the collective agreement was reasonable. I do not feel the need to inquire more deeply into the degree of reasonableness of the arbitral award.

40 This Court has a history of applying the patent unreasonableness standard in reviewing the

conclusion plus ou moins convaincante, cette situation ne rend pas à elle seule déraisonnable l'interprétation de l'arbitre.

À mon avis, la conclusion de l'arbitre selon laquelle les dispositions relatives à l'assignation de l'art. 6.01 et celles relatives à l'embauchage nominal de l'art. 6.02 ont pour effet de restreindre le droit absolu de l'intimée d'embaucher les travailleurs de son choix en vertu de l'art. 7.01 reste raisonnable compte tenu des autres clauses de la convention. Le juge de révision n'aurait pas dû intervenir.

Les constatations qui précèdent suffisent pour trancher le pourvoi. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner l'autre conclusion de l'arbitre selon laquelle, même si les droits de l'intimée en matière d'embauchage ne sont pas limités par les autres clauses de la convention, les employeurs doivent néanmoins agir raisonnablement dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de refuser d'embaucher les travailleurs qualifiés et régulièrement assignés par le syndicat.

V. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir la décision de l'arbitre et d'adjudiquer les dépens à l'appelant dans toutes les cours.

Les motifs des juges LeBel et Deschamps ont été rendus par

LE JUGE LEBEL — J'ai pris connaissance des motifs du juge Major et je souscris au dispositif qu'il propose dans le présent pourvoi, sous réserve des commentaires qui suivent. Je suis moi aussi d'avis que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable. De plus, l'interprétation donnée par l'arbitre aux dispositions de la convention collective portant sur les conditions d'engagement des employés me paraît satisfaire à cette norme. Je ne crois cependant pas nécessaire de m'engager dans une analyse approfondie du degré de rationalité de la sentence arbitrale.

Comme on peut le constater à la lecture des motifs de mon collègue (par. 22), notre Cour

decisions of labour arbitrators, as can be seen from the reasons of my colleague (para. 22). However, my colleague has now concluded that the reasonableness *simpliciter* standard would be more appropriate in reviewing the decision of the arbitrator in the present case. This again raises the point I discussed in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, namely that it is time for this Court to reevaluate the appropriateness of using the patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* standards. Patent unreasonableness is an inadequate standard that provides too little guidance to reviewing courts, and has proven difficult to distinguish in practice from reasonableness *simpliciter*. This difficulty persists despite the many permutations it has gone through (*C.U.P.E., Local 79*, at paras. 78-83). With respect, adding yet another definition of patent unreasonableness would not make its application any easier nor its conceptual validity more obvious.

It is illuminating in this respect to consider the definition of patent unreasonableness by Dickson J. (as he then was) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237, which is the seminal judgment of our Court in the development of a modern law of judicial review. Rather than contemplating the metaphysical obviousness of the defect, he explained that a decision will only be patently unreasonable if it “cannot be rationally supported by the relevant legislation”. This is consistent with what Iacobucci J. observed in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, in discussing what the reasonableness standard of review entails, at para. 49: “the reasonableness standard requires a reviewing court to stay close to the reasons given by the tribunal and ‘look to see’ whether any of those reasons adequately support the decision”. The “rationally supported by the relevant legislation” standard is one that not only signals that great deference is merited where discretion has been exercised, but also makes clear that a reviewing court cannot let an irrational decision stand. As I observed in *C.U.P.E., Local 79, supra*,

applique habituellement la norme du manifestement déraisonnable aux décisions des arbitres du travail. En l’espèce, toutefois, mon collègue conclut que la norme de la décision raisonnable *simpliciter* est plus appropriée pour contrôler la décision de l’arbitre dans la présente affaire. Cette conclusion soulève une fois de plus le point que j’ai examiné dans l’arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, à savoir qu’il est temps à mon avis pour notre Cour de réexaminer la pertinence de recourir et à la norme du manifestement déraisonnable et à celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Peu adéquate, la norme du manifestement déraisonnable ne semble guère capable de donner des orientations valables aux tribunaux et s’avère difficile à distinguer en pratique de la norme du raisonnable *simpliciter*, difficulté qui persiste malgré les nombreuses formulations qui en ont été données (*S.C.F.P., section locale 79*, par. 78-83). Avec égards pour l’opinion contraire, l’ajout d’une nouvelle définition de cette norme ne rendrait pas son application plus facile, ni sa validité conceptuelle plus évidente.

Il vaut la peine de relire la définition de la norme du manifestement déraisonnable élaborée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 237. Ce jugement se trouve, en effet, à l’origine de cette jurisprudence de notre Cour qui a permis le développement des principes modernes du droit relatif au contrôle judiciaire. Au lieu de tenter d’évaluer l’évidence métaphysique de l’erreur en cause, le juge Dickson a fait observer qu’une décision ne doit être qualifiée de manifestement déraisonnable que si elle est « déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente ». Cette observation concorde avec les remarques suivantes formulées par le juge Iacobucci, dans l’arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 49, relativement aux démarches qu’emporte l’application de la norme de la décision raisonnable : « la norme de la décision raisonnable exige que la cour siégeant en contrôle judiciaire reste près des motifs donnés par le tribunal et “se demande” si l’un ou l’autre de ces motifs

at para. 108, this approach should apply to judicial review on any reasonableness standard.

- 42 On the facts of this appeal, the arbitrator's interpretation of the hiring provisions was rational globally. It falls within the range of reasonable interpretations, and therefore should not be disturbed by a reviewing court. Thus, I conclude that the courts below erred in quashing the award. I agree with Major J. that the appeal should be allowed, the arbitrator's award restored, and costs granted to the union throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Chivers Kanee Carpenter, Edmonton.

Solicitors for the respondent: McLennan Ross, Calgary.

établie convenablement la décision ». La norme de la décision qui peut « rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente » exige non seulement une attitude de grande déférence lorsqu'un pouvoir discrétionnaire a été exercé, mais elle indique également de façon claire que la cour saisie d'une demande de contrôle judiciaire ne peut refuser d'agir en présence d'une décision irrationnelle. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *S.C.F.P., section locale 79*, précité, par. 108, cette approche devrait être suivie en cas de contrôle judiciaire fondé sur toute norme de la décision raisonnable.

À la lumière des faits de l'espèce, j'estime que l'interprétation par l'arbitre des clauses de la convention collective relatives aux conditions d'engagement des employés était globalement rationnelle. Elle se situe dans la gamme des interprétations raisonnables et ne devrait donc pas être modifiée par le tribunal saisi de la demande de contrôle judiciaire. Par conséquent, je conclus que les juridictions inférieures ont commis une erreur en annulant la sentence arbitrale. Je conviens, avec le juge Major, que le pourvoi doit être accueilli avec dépens dans toutes les cours, en faveur du syndicat, et que la sentence arbitrale doit être rétablie.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Chivers Kanee Carpenter, Edmonton.

Procureurs de l'intimée : McLennan Ross, Calgary.

Allan Wayne Lohrer *Appellant/Respondent
on motion*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent/Applicant
on motion*

INDEXED AS: **R. v. LOHRER**

Neutral citation: **2004 SCC 24.**

File No.: 30160.

2004: April 19.

Present: McLachlin C.J. and Major, Binnie, Arbour and Fish JJ.

MOTION TO QUASH AN APPEAL

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Dissent in Court of Appeal raising question of law — Motion to quash appeal dismissed.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

MOTION to quash an appeal from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2003), 186 B.C.A.C. 58, 306 W.A.C. 58, [2003] B.C.J. No. 1952 (QL), 2003 BCCA 457, dismissing the accused's appeal from his convictions for aggravated assault, assault causing bodily harm and uttering threats. Motion dismissed.

Shawn P. Buckley, for the respondent/applicant on motion.

Kenneth Madsen, for the appellant/respondent on motion.

The judgment of the Court was delivered orally by

ARBOUR J. — We are of the view that the dissent relied upon by the appellant as the foundation of his appeal as of right under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is properly construed as

Allan Wayne Lohrer *Appelant/intimé à la requête*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée/requérante à la requête*

RÉPERTORIÉ : **R. c. LOHRER**

Référence neutre : **2004 CSC 24.**

Nº du greffe : 30160.

2004 : 19 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Arbour et Fish.

REQUÊTE EN ANNULATION D'UN APPEL

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Dissidence en Cour d'appel soulevant une question de droit — Rejet de la requête en annulation d'appel.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 691(1)a).

REQUÊTE en annulation de l'appel d'un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2003), 186 B.C.A.C. 58, 306 W.A.C. 58, [2003] B.C.J. No. 1952 (QL), 2003 BCCA 457, qui a rejeté l'appel de l'accusé qui avait été déclaré coupable d'avoir commis des voies de fait graves, infligé des lésions corporelles et proféré des menaces. Requête rejetée.

Shawn P. Buckley, pour l'intimée/requérante à la requête.

Kenneth Madsen, pour l'appelant/intimé à la requête.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE ARBOUR — Nous sommes d'avis que la dissidence sur laquelle se fonde l'appelant pour appeler de plein droit, en application de l'al. 691(1)a du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46,

a dissent on a question of law. Hollinrake J.A. concluded his dissenting opinion saying:

I have concluded that the misapprehensions found in the reasons of the trial judge primarily on the issue of credibility are such that it cannot be said the appellant received a fair trial. It follows from *Morrissey* [(1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.)] that there has been a miscarriage of justice and there must be a new trial.

((2003), 186 B.C.A.C. 58, 2003 BCCA 457, at para. 56)

2 The motion to quash is dismissed.

Motion dismissed.

*Solicitor for the respondent/applicant on motion:
Ministry of Attorney General, Vancouver.*

*Solicitors for the appellant/respondent on
motion: Buckley & Company, Kamloops.*

porte, si elle est interprétée correctement, sur une question de droit. Le juge Hollinrake de la Cour d'appel disait, en conclusion de sa dissidence, que :

[TRADUCTION] J'ai conclu que les interprétations erronées qui figurent dans les motifs du juge du procès, surtout en ce qui a trait à la question de crédibilité, ne permettent pas de dire que l'appelant a eu un procès équitable. Il s'ensuit de l'arrêt *Morrissey* [(1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.)] qu'il y a eu erreur judiciaire et qu'un nouveau procès doit être tenu.

((2003), 186 B.C.A.C. 58, 2003 BCCA 457, par. 56)

La requête en annulation est rejetée.

Requête rejetée.

*Procureur de l'intimée/requérante à la requête :
Ministère du Procureur général, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelant/intimé à la requête :
Buckley & Company, Kamloops.*

Gordon Garland *Appellant*

v.

**Enbridge Gas Distribution Inc.,
previously known as Consumers' Gas
Company Limited** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General for Saskatchewan, Toronto
Hydro-Electric System Limited, Law
Foundation of Ontario and Union Gas
Limited** *Intervenors*

INDEXED AS: GARLAND *v.* CONSUMERS' GAS Co.

Neutral citation: 2004 SCC 25.

File No.: 29052.

2003: October 9; 2004: April 22.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Restitution — Unjust enrichment — Late payment
penalty — Customers of regulated gas utility claiming
restitution for unjust enrichment arising from late pay-
ment penalties levied by utility in excess of interest limit
prescribed by s. 347 of Criminal Code — Whether cus-
tomers have claim for unjust enrichment — Defences that
can be mounted by utility to resist claim — Whether other
ancillary orders necessary.*

The respondent gas utility, whose rates and payment policies are governed by the Ontario Energy Board (“OEB”), bills its customers on a monthly basis, and each bill includes a due date for the payment of current charges. Customers who do not pay by the due date incur a late payment penalty (“LPP”) calculated at five percent of the unpaid charges for that month. The LPP is a one-time penalty, and does not compound or increase over time. The appellant and his wife paid approximately \$75 in LPP charges between 1983 and 1995. The appellant

Gordon Garland *Appellant*

c.

**Enbridge Gas Distribution Inc., auparavant
connue sous le nom de Consumers' Gas
Company Limited** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de la Saskatchewan,
Toronto Hydro-Electric System Limited,
Fondation du droit de l'Ontario et Union
Gas Limited** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : GARLAND *v.* CONSUMERS' GAS Co.

Référence neutre : 2004 CSC 25.

Nº du greffe : 29052.

2003 : 9 octobre; 2004 : 22 avril.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

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

*Restitution — Enrichissement sans cause — Pénalité
pour paiement en retard — Action en restitution pour
enrichissement sans cause intentée par les clients d'une
entreprise de distribution de gaz réglementée à la suite
de l'infraction, par cette dernière, de pénalités pour paie-
ment en retard représentant un taux d'intérêt supérieur
à la limite prescrite par l'art. 347 du Code criminel —
L'action pour enrichissement sans cause des clients est-
elle fondée? — Moyens de défense que l'entreprise peut
opposer à l'action — D'autres ordonnances accessoires
sont-elles requises?*

L'entreprise de distribution de gaz intimée, dont les tarifs et les politiques de paiement sont régis par la Commission de l'énergie de l'Ontario (« CEO »), envoie chaque mois à ses clients une facture qui fixe une date d'échéance pour le paiement du montant dû. Les clients qui n'ont pas acquitté leur facture à la date d'échéance se voient infliger une pénalité pour paiement en retard (« PPR ») qui correspond à 5 pour 100 du montant en souffrance pour le mois en question. Cette pénalité est calculée une seule fois; elle ne comporte aucun intérêt

commenced a class action seeking restitution for unjust enrichment of LPP charges received by the respondent in violation of s. 347 of the *Criminal Code*. He also sought a preservation order. In a previous appeal to this Court, it was held that charging the LPPs amounted to charging a criminal rate of interest under s. 347 and the matter was remitted back to the trial court for further consideration. As the case raised no factual dispute, the parties brought cross-motions for summary judgment. The motions judge granted the respondent's motion for summary judgment, finding that the action was a collateral attack on the OEB's orders. The Court of Appeal disagreed, but dismissed the appellant's appeal on the grounds that his unjust enrichment claim could not be made out.

Held: The appeal should be allowed. The respondent is ordered to repay LPPs collected from the appellant in excess of the interest limit stipulated in s. 347 of the *Code* after the action was commenced in 1994 in an amount to be determined by the trial judge.

The test for unjust enrichment has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason for the enrichment. The proper approach to the juristic reason analysis is in two parts. The plaintiff must show that no juristic reason from an established category exists to deny recovery. The established categories include a contract, a disposition of law, a donative intent, and other valid common law, equitable or statutory obligations. If there is no juristic reason from an established category, then the plaintiff has made out a *prima facie* case. The *prima facie* case is rebuttable, however, where the defendant can show that there is another reason to deny recovery. Courts should have regard at this point to two factors: the reasonable expectations of the parties and public policy considerations.

Here, the appellant has a claim for restitution. The respondent received the monies represented by the LPPs and had that money available for use in the carrying on of its business. The transfer of those funds constitutes a benefit to the respondent. The parties are agreed that the second prong of the test has been satisfied. With respect to the third prong, the only possible juristic reason from an established category that could justify the enrichment

composé et n'augmente pas avec le temps. Entre 1983 et 1995, l'appelant et son épouse ont versé une somme approximative de 75 \$ à titre de PPR. L'appelant a intenté un recours collectif en vue d'obtenir la restitution pour enrichissement sans cause des PPR perçues par l'intimée en contravention de l'art. 347 du *Code criminel*. Il a également sollicité une ordonnance de conservation. Dans le cadre d'un pourvoi antérieur, notre Cour a conclu que les PPR constituaient des intérêts à un taux criminel au sens de l'art. 347 et a renvoyé l'affaire devant le tribunal de première instance pour qu'il en poursuive l'examen. En l'absence de contestation des faits, les parties ont déposé des motions incidentes en vue d'obtenir un jugement sommaire. Le juge qui a examiné les motions a accueilli celle de l'intimée visant à obtenir un jugement sommaire, concluant que l'action représentait une contestation indirecte de l'ordonnance de la CEO. La Cour d'appel n'était pas du même avis, mais elle a rejeté l'appel pour le motif que l'appelant n'avait pas établi le bien-fondé de son action pour enrichissement sans cause.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Il est ordonné à l'intimée de rembourser à l'appelant, selon le montant fixé par le juge de première instance, les sommes qu'il a versées, après l'introduction de l'instance en 1994, pour acquitter les PPR qui représentaient un taux d'intérêt supérieur à la limite prescrite par l'art. 347 du *Code*.

Le critère applicable en matière d'enrichissement sans cause comporte trois volets : (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement. Il convient de scinder en deux étapes l'analyse du motif juridique. Le demandeur doit démontrer qu'aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie ne justifie de refuser le recouvrement. Parmi les catégories établies, il y a le contrat, la disposition légale, l'intention libérale et les autres obligations valides imposées par la common law, l'equity ou la loi. S'il n'existe aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie, le demandeur a alors établi une preuve *prima facie*. La preuve *prima facie* est cependant réfutable si le défendeur parvient à démontrer qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement. Les tribunaux doivent ici tenir compte de deux facteurs : les attentes raisonnables des parties et les considérations d'intérêt public.

En l'espèce, l'appelant a droit à la restitution. L'intimée a reçu les sommes d'argent représentées par les PPR et elle pouvait utiliser cet argent pour exploiter son entreprise. Le transfert de ces fonds confère un avantage à l'intimée. Les parties conviennent que le deuxième volet du critère est respecté. Quant au troisième volet, le seul motif juridique appartenant à une catégorie établie qui pourrait justifier l'enrichissement, en l'espèce,

in this case is the existence of the OEB orders creating the LPPs under the “disposition of law” category. The OEB orders, however, do not constitute a juristic reason for the enrichment because they are inoperative to the extent of their conflict with s. 347 of the *Criminal Code*. The appellant has thus made out a *prima facie* case for unjust enrichment.

The respondent's reliance on the orders is relevant when determining the reasonable expectations of the parties at the rebuttal stage of the juristic reason analysis even though it would not provide a defence if the respondent was charged under s. 347 of the *Code*. However, the overriding public policy consideration in this case is the fact that the LPPs were collected in contravention of the *Criminal Code*. As a matter of public policy, criminals should not be permitted to keep the proceeds of their crime. In weighing these considerations, the respondent's reliance on the inoperative OEB orders from 1981-1994, prior to the commencement of this action, provides a juristic reason for the enrichment. After the action was commenced and the respondent was put on notice that there was a serious possibility its LPPs violated the *Criminal Code*, it was no longer reasonable to rely on the OEB rate orders to authorize the LPPs. Given that conclusion, it is only necessary to consider the respondent's defences for the period after 1994.

The respondent cannot avail itself of any defence. The change of position defence is not available to a defendant who is a wrongdoer. Since the respondent in this case was enriched by its own criminal misconduct, it should not be permitted to avail itself of the defence. Section 18 (now s. 25) of the *Ontario Energy Board Act* should be read down so as to exclude protection from civil liability damage arising out of *Criminal Code* violations. As a result, the defence does not apply in this case and it is not necessary to consider the constitutionality of the section.

This action does not constitute an impermissible collateral attack on the OEB's orders. The OEB does not have exclusive jurisdiction over this dispute, which is a private law matter under the competence of civil courts, nor does it have jurisdiction to order the remedy sought by the appellant. Moreover, the specific object of the action is not to invalidate or render inoperative the OEB's orders, but rather to recover money that was illegally

est l'existence des ordonnances de la CEO établissant la PPR, qui relèvent de la catégorie des « dispositions légales ». Toutefois, les ordonnances de la CEO ne constituent pas un motif juridique justifiant l'enrichissement étant donné qu'elles sont inopérantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'art. 347 du *Code criminel*. L'appelant a donc établi une preuve *prima facie* de l'enrichissement sans cause.

À l'étape de l'analyse du motif juridique consistant à réfuter la preuve *prima facie*, le fait que l'intimée se soit fondée sur les ordonnances est pertinent pour déterminer les attentes raisonnables des parties, mais l'intimée ne pourrait pas pour autant invoquer ce fait comme moyen de défense si elle était accusée en vertu de l'art. 347 du *Code*. Toutefois, la considération d'intérêt public dominante en l'espèce est le fait que les PPR ont été perçues en contravention du *Code criminel*. Pour des raisons d'intérêt public, un criminel ne doit pas être autorisé à conserver le produit de son crime. L'examen de ces considérations permet de conclure que le fait qu'à partir de 1981 jusqu'en 1994, avant l'introduction de la présente action, l'intimée se soit fondée sur les ordonnances inopérantes de la CEO est un motif juridique qui justifie l'enrichissement. Après que l'action eut été intentée et qu'elle eut été informée de la possibilité sérieuse que les PPR contreviennent au *Code criminel*, l'intimée ne pouvait plus raisonnablement se fonder sur les ordonnances tarifaires de la CEO pour justifier les PPR. Compte tenu de cette conclusion, il n'est nécessaire d'examiner les moyens de défense qu'à l'égard de la période postérieure à 1994.

L'intimée ne peut invoquer aucun moyen de défense. Un défendeur fautif ne peut pas invoquer le moyen de défense fondé sur le changement de situation. L'intimée ne peut pas invoquer ce moyen de défense en l'espèce étant donné qu'elle s'est enrichie grâce à sa propre inconduite criminelle. Il faut donner à l'art. 18 (maintenant l'art. 25) de la *Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* une interprétation atténuée selon laquelle il n'offre aucune protection contre les actions en responsabilité civile découlant d'une infraction au *Code criminel*. En conséquence, le moyen de défense ne peut pas être invoqué en l'espèce et il n'est pas nécessaire d'examiner la constitutionnalité de la disposition qui le prévoit.

La présente action ne constitue pas une contestation indirecte inacceptable de l'ordonnance de la CEO. La CEO n'a pas compétence exclusive à l'égard du présent litige, qui porte sur une question de droit privé relevant de la compétence des tribunaux civils, et elle n'a pas non plus le pouvoir d'ordonner la réparation sollicitée par l'appelant. En outre, l'action a pour objet précis non pas d'invalider ou de rendre inopérantes les ordonnances

collected by the respondent as a result of OEB orders. In order for the regulated industries defence to be available to the respondent, Parliament needed to have indicated, either expressly or by necessary implication, that s. 347 of the *Code* granted leeway to those acting pursuant to a valid provincial regulatory scheme. Section 347 does not contain any such indication.

The *de facto* doctrine does not apply in this case because it only attaches to government and its officials in order to protect and maintain the rule of law and the authority of government. An extension of the doctrine to a private corporation regulated by a government authority is not supported by the case law and does not further the doctrine's underlying purpose.

A preservation order is not appropriate in this case. The respondent has ceased to collect the LPPs at a criminal rate, so there would be no future LPPs to which a preservation order could attach. Even with respect to the LPPs paid between 1994 and the present, a preservation order should not be granted because it would serve no practical purpose, because the appellant has not satisfied the criteria in the *Ontario Rules of Civil Procedure*, and because *Amax* can be distinguished from this case. A declaration that the LPPs need not be paid would similarly serve no practical purpose and should not be made.

Cases Cited

Applied: *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; **explained:** *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; **Peel (Regional Municipality) v. Canada**, [1992] 3 S.C.R. 762; **referred to:** *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *Sprint Canada Inc. v. Bell Canada* (1997), 79 C.P.R. (3d) 31; *Ontario Hydro v. Kelly* (1998), 39 O.R. (3d) 107; *Mahar v. Rogers Cablesystems Ltd.* (1995), 25 O.R. (3d) 690; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275; *Sharwood & Co. v. Municipal Financial Corp.* (2001), 53 O.R. (3d) 470; *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147; *RBC Dominion Securities Inc. v. Dawson* (1994), 111 D.L.R. (4th) 230; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, [2004] 1 S.C.R. 249,

de la CEO, mais plutôt de recouvrer les sommes que l'intimée a perçues illégalement à la suite de ces ordonnances. Pour que l'intimée puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité, il aurait fallu que le législateur indique, soit expressément ou par déduction nécessaire, que l'art. 347 du *Code* accorde la liberté de le faire à ceux qui agissent conformément à un régime de réglementation provincial valide. L'article 347 ne contient aucune indication de cette nature.

Le principe de la validité *de facto* est inapplicable en l'espèce étant donné qu'il s'applique au gouvernement et à ses fonctionnaires afin de protéger et de maintenir la primauté du droit et l'autorité du gouvernement. L'application du principe à une société privée réglementée par un organisme gouvernemental n'est pas étayée par la jurisprudence et ne favorise pas la réalisation de son objet fondamental.

Il ne convient pas de prononcer une ordonnance de conservation en l'espèce. L'intimée ne perçoit plus des PPR à un taux criminel, de sorte qu'une ordonnance de conservation ne pourrait s'appliquer à aucune autre PPR versée par la suite. Même en ce qui concerne les PPR versées depuis 1994, auxquelles elle pourrait s'appliquer, il n'y a pas lieu de prononcer une ordonnance de conservation du fait que cette ordonnance ne serait d'aucune utilité, que l'appelant n'a pas satisfait aux critères énoncés dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario et que l'affaire *Amax* peut être distinguée de la présente affaire. Un jugement déclarant qu'il n'est pas nécessaire de payer les PPR ne serait d'aucune utilité et il n'y a pas lieu de le rendre.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; **arrêts interprétés :** *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; **arrêts mentionnés :** *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *Sprint Canada Inc. c. Bell Canada* (1997), 79 C.P.R. (3d) 31; *Ontario Hydro c. Kelly* (1998), 39 O.R. (3d) 107; *Mahar c. Rogers Cablesystems Ltd.* (1995), 25 O.R. (3d) 690; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275; *Sharwood & Co. c. Municipal Financial Corp.* (2001), 53 O.R. (3d) 470; *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147; *RBC Dominion Securities Inc. c. Dawson* (1994), 111 D.L.R. (4th) 230; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Mack c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Transport North American Express Inc. c. New*

2004 SCC 7; *Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22; *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 512; *Toronto (City) v. C.U.P.E. Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 CSC 63; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1493, 1494.
Constitution Act, 1867, ss. 91(19), (27), 92(13).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 15, 347.
Municipal Franchises Act, R.S.O. 1990, c. M.55.
Ontario Energy Board Act, R.S.O. 1990, c. O.13, s. 18.
Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 25.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 45.02.

Authors Cited

Constantineau, Albert. *A Treatise on the De Facto Doctrine*. Toronto: Canada Law Book, 1910.
Fridman, Gerald Henry Louis. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.
Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2000.
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
McInnes, Mitchell. "Unjust Enrichment — Restitution — Absence of Juristic Reason: *Campbell v. Campbell*" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 459.
Smith, Lionel. "The Mystery of 'Juristic Reason'" (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211.
Ziegel, Jacob S. "Criminal Usury, Class Actions and Unjust Enrichment in Canada" (2002), 18 *J. Cont. L.* 121.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 57 O.R. (3d) 127, 208 D.L.R. (4th) 494, 152 O.A.C. 244, 19 B.L.R. (3d) 10, [2001] O.J. No. 4651 (QL), affirming a decision of the Superior Court of Justice (2000), 185

Solutions Financial Corp., [2004] 1 R.C.S. 249, 2004 CSC 7; *Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22; *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 512; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P. section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1493, 1494.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 15, 347.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(19), (27), 92(13).
Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, ch. 15, ann. B, art. 25.
Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.13, art. 18.
Loi sur les concessions municipales, L.R.O. 1990, ch. M.55.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règle 194, règle 45.02.

Doctrine citée

Constantineau, Albert. *A Treatise on the De Facto Doctrine*. Toronto : Canada Law Book, 1910.
Fridman, Gerald Henry Louis. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.
Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 6th ed. London : Sweet & Maxwell, 2002.
Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2000.
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1990.
McInnes, Mitchell. « Unjust Enrichment—Restitution — Absence of Juristic Reason : *Campbell v. Campbell* » (2000), 79 *R. du B. can.* 459.
Smith, Lionel. « The Mystery of "Juristic Reason" » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211.
Ziegel, Jacob S. « Criminal Usury, Class Actions and Unjust Enrichment in Canada » (2002), 18 *J. Cont. L.* 121.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 57 O.R. (3d) 127, 208 D.L.R. (4th) 494, 152 O.A.C. 244, 19 B.L.R. (3d) 10, [2001] O.J. No. 4651 (QL), confirmant une décision de la Cour supérieure de justice (2000), 185

D.L.R. (4th) 536, [2000] O.J. No. 1354 (QL). Appeal allowed.

Michael McGowan, Barbara L. Grossman, Dorothy Fong and Christopher D. Woodbury, for the appellant.

Fred D. Cass, John D. McCamus and John J. Longo, for the respondent.

Christopher M. Rupar, for the intervener the Attorney General of Canada.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Alan H. Mark and Kelly L. Friedman, for the intervener Toronto Hydro-Electric System Limited.

Mark M. Orkin, Q.C., for the intervener the Law Foundation of Ontario.

Patricia D. S. Jackson and M. Paul Michell, for the intervener Union Gas Limited.

The judgment of the Court was delivered by

1 IACOBUCCI J. — At issue in this appeal is a claim by customers of a regulated utility for restitution for unjust enrichment arising from late payment penalties levied by the utility in excess of the interest limit prescribed by s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. More specifically, the issues raised include the necessary ingredients to a claim for unjust enrichment, the defences that can be mounted to resist the claim, and whether other ancillary orders are necessary.

2 For the reasons that follow, I am of the view to uphold the appellant's claim for unjust enrichment and therefore would allow the appeal.

I. Facts

3 The respondent Consumers' Gas Company Limited, now known as Enbridge Gas Distribution

D.L.R. (4th) 536, [2000] O.J. No. 1354 (QL). Pourvoi accueilli.

Michael McGowan, Barbara L. Grossman, Dorothy Fong et Christopher D. Woodbury, pour l'appelant.

Fred D. Cass, John D. McCamus et John J. Longo, pour l'intimée.

Christopher M. Rupar, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Alan H. Mark et Kelly L. Friedman, pour l'intervenante Toronto Hydro-Electric System Limited.

Mark M. Orkin, c.r., pour l'intervenante la Fondation du droit de l'Ontario.

Patricia D. S. Jackson et M. Paul Michell, pour l'intervenante Union Gas Limited.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi concerne une action en restitution pour enrichissement sans cause que les clients d'une entreprise de services publics réglementée ont intentée à la suite de l'infraction, par cette dernière, de pénalités pour paiement en retard représentant un taux d'intérêt supérieur à la limite prescrite par l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il s'agit plus précisément de déterminer à quelles conditions peut être intentée une action pour enrichissement sans cause, quels moyens de défense peuvent être opposés à une telle action et si d'autres ordonnances accessoires sont requises.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de confirmer la validité de l'action pour enrichissement sans cause intentée par l'appelant et, par conséquent, d'accueillir le pourvoi.

I. Les faits

L'intimée Consumers' Gas Company Limited, maintenant connue sous le nom d'Enbridge Gas

Inc., is a regulated utility which provides natural gas to commercial and residential customers throughout Ontario. Its rates and payment policies are governed by the Ontario Energy Board ("OEB" or "Board") pursuant to the *Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.13 ("OEBA"), and the *Municipal Franchises Act*, R.S.O. 1990, c. M.55. The respondent cannot sell gas or charge for gas-related services except in accordance with rate orders issued by the Board.

Consumers' Gas bills its customers on a monthly basis, and each bill includes a due date for the payment of current charges. Customers who do not pay by the due date incur a late payment penalty ("LPP") calculated at five percent of the unpaid charges for that month. The LPP is a one-time penalty, and does not compound or increase over time.

The LPP was implemented in 1975 following a series of rate hearings conducted by the OEB. In granting Consumers' Gas's application to impose the penalty, the Board noted that the primary purpose of the LPP is to encourage customers to pay their bills promptly, thereby reducing the cost to Consumers' Gas of carrying accounts receivable. The Board also held that such costs, along with any special collection costs arising from late payments, should be borne by the customers who cause them to be incurred, rather than by the customer base as a whole. In approving a flat penalty of five percent, the OEB rejected the alternative course of imposing a daily interest charge on overdue accounts. The Board reasoned that an interest charge would not provide sufficient incentive to pay by a named date, would give little weight to collection costs, and might seem overly complicated. The Board recognized that if a bill is paid very soon after the due date, the penalty would, if calculated as an interest charge, be a very high rate of interest. However, it noted that customers could avoid such a charge by paying their bills on time, and that, in any event, in the case of the average

Distribution Inc., est une entreprise de services publics réglementée qui fournit du gaz naturel à des clients résidentiels et commerciaux partout en Ontario. Ses tarifs et ses politiques de paiement sont régis par la Commission de l'énergie de l'Ontario (« CEO » ou « Commission ») conformément à la *Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.13 (« LCEO »), et à la *Loi sur les concessions municipales*, L.R.O. 1990, ch. M.55. L'intimée ne peut vendre du gaz ou facturer des services connexes que conformément aux ordonnances tarifaires de la Commission.

Chaque mois, les clients de Consumers' Gas reçoivent une facture qui fixe une date d'échéance pour le paiement du montant dû. Les clients qui n'ont pas acquitté leur facture à la date d'échéance se voient infliger une pénalité pour paiement en retard (« PPR ») qui correspond à 5 pour 100 du montant en souffrance pour le mois en question. Cette pénalité est calculée une seule fois; elle ne comporte aucun intérêt composé et n'augmente pas avec le temps.

La PPR a été établie en 1975 à la suite d'une série d'audiences tarifaires de la CEO. En accédant à la demande de Consumers' Gas visant l'infraction de la PPR, la Commission a fait remarquer que cette pénalité a pour objet premier d'inciter les clients à acquitter leurs factures sans tarder, de manière à réduire les frais qu'entraîne pour Consumers' Gas le report des comptes clients. La Commission a aussi conclu que ces frais, ainsi que les frais de recouvrement spéciaux résultant des paiements en retard, devaient être supportés par les clients qui en sont à l'origine plutôt que par l'ensemble de la clientèle. En approuvant une pénalité uniforme de 5 pour 100, la CEO a rejeté la solution de recharge consistant à percevoir des frais d'intérêt quotidiens sur les comptes en souffrance. La Commission a estimé que la perception de frais d'intérêt ne suffirait pas pour inciter les gens à payer au plus tard à une date déterminée, accorderait peu d'importance aux frais de recouvrement et pourrait sembler trop compliquée. La Commission a reconnu que, dans le cas d'une facture acquittée rapidement après la date d'échéance, la pénalité, calculée sous forme de frais d'intérêt, représenterait un taux d'intérêt très

4

5

bill the dollar amount of the penalty would not be very large.

6 The appellant Gordon Garland is a resident of Ontario and has been a Consumers' Gas customer since 1983. He and his wife paid approximately \$75 in LPP charges between 1983 and 1995. In a class action on behalf of over 500,000 Consumers' Gas customers, Garland asserted that the LPPs violate s. 347 of the *Criminal Code*. That case also reached the Supreme Court of Canada, which held that charging the LPPs amounted to charging a criminal rate of interest under s. 347 and remitted the matter back to the trial court for further consideration (*Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112 ("Garland No. 1")). Both parties have now brought cross-motions for summary judgment.

7 The appellant now seeks restitution for unjust enrichment of LPP charges received by the respondent in violation of s. 347 of the *Code*. He also seeks a preservation order requiring Consumers' Gas to hold LPPs paid during the pendency of the litigation subject to possible repayment.

8 The motions judge granted the respondent's motion for summary judgment, finding that the action was a collateral attack on the OEB order. He dismissed the application for a preservation order. A majority of the Court of Appeal disagreed with the motions judge's reasons, but dismissed the appeal on the grounds that the appellant's unjust enrichment claim could not be made out.

II. Relevant Statutory Provisions

9 *Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.13

18. An order of the Board is a good and sufficient defence to any proceeding brought or taken against any

élevé. Elle a toutefois fait observer que les clients pourraient éviter ces frais en payant leurs factures à temps et que, de toute façon, le montant de la pénalité ne serait pas très élevé dans le cas d'une facture moyenne.

L'appelant Gordon Garland réside en Ontario et est un client de Consumers' Gas depuis 1983. Entre 1983 et 1995, son épouse et lui ont versé une somme approximative de 75 \$ à titre de PPR. Dans un recours collectif intenté au nom de plus de 500 000 clients de Consumers' Gas, Garland a affirmé que les PPR contreviennent à l'art. 347 du *Code criminel*. Cette affaire a également été soumise à la Cour suprême du Canada, qui a conclu que les PPR constituaient des intérêts à un taux criminel au sens de l'art. 347 et a renvoyé l'affaire devant le tribunal de première instance pour qu'il en poursuive l'examen (*Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112 (« *Garland n° 1* »)). Chacune des parties a déposé une motion incidente en vue d'obtenir un jugement sommaire.

L'appelant demande maintenant la restitution pour enrichissement sans cause des PPR perçues par l'intimée en contravention de l'art. 347 du *Code*. Il sollicite également une ordonnance de conservation enjoignant à Consumers' Gas de conserver, en vue d'un éventuel remboursement, les PPR perçues pendant l'instance.

Le juge qui a examiné les motions a accueilli celle de l'intimée visant à obtenir un jugement sommaire, concluant que l'action représentait une contestation indirecte de l'ordonnance de la CEO. Il a rejeté la demande d'ordonnance de conservation. La Cour d'appel, à la majorité, n'a pas souscrit aux motifs du juge des motions, mais elle a rejeté l'appel pour le motif que l'appelant n'avait pas établi le bien-fondé de son action pour enrichissement sans cause.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.13

18 Une ordonnance de la Commission constitue un moyen de défense valable à l'encontre de toute instance

person in so far as the act or omission that is the subject of the proceeding is in accordance with the order.

Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B

25. An order of the Board is a good and sufficient defence to any proceeding brought or taken against any person in so far as the act or omission that is the subject of the proceeding is in accordance with the order.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

15. No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission in obedience to the laws for the time being made and enforced by persons in *de facto* possession of the sovereign power in and over the place where the act or omission occurs.

347. (1) Notwithstanding any Act of Parliament, every one who

(a) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or

(b) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,

is guilty of

(c) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or

(d) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2000), 185 D.L.R. (4th) 536

As this case raised no factual disputes, all parties agreed that summary judgment was the proper procedure on the motion. Winkler J. found that the appellant's claim could not succeed in law and that there was no serious issue to be tried. In so finding, he held that the "regulated industries defence" was not a complete defence to the claim. On his reading of the relevant case law, the dominant consideration was whether the express statutory

dans la mesure où l'acte ou l'omission qui fait l'objet de l'instance est conforme à l'ordonnance.

Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, ch. 15, ann. B

25. Une ordonnance de la Commission constitue un moyen de défense valable à toute instance introduite contre qui que ce soit dans la mesure où l'acte ou l'omission qui en fait l'objet y est conforme.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

15. Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission en exécution des lois alors édictées et appliquées par les personnes possédant *de facto* le pouvoir souverain dans et sur le lieu où se produit l'acte ou l'omission.

347. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale, quiconque, selon le cas :

a) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;

b) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,

est coupable :

c) soit d'un acte criminel et possible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et possible d'une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2000), 185 D.L.R. (4th) 536

En l'absence de contestation des faits, toutes les parties ont convenu de l'opportunité de procéder par voie de jugement sommaire. Le juge Winkler a conclu que l'action de l'appelant était non fondée en droit et qu'il n'y avait aucune question sérieuse à juger. En tirant cette conclusion, il a estimé que le « moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité » n'était pas suffisant pour contrer l'action. Selon son interprétation de la jurisprudence

language afforded a degree of flexibility to provincial regulators. Section 347 affords no such flexibility, so the defence is not available.

11 Nor, in Winkler J.'s view, did s. 15 of the *Criminal Code* act as a defence. Section 15 was a provision of very limited application, originally enacted to ensure that persons serving the Monarch *de facto* could not be tried for treason for remaining faithful to the unsuccessful claimant to the throne. While it could have a more contemporary application, it was limited on its face to actions or omissions occurring pursuant to the authority of a sovereign power. As the OEB was not a sovereign power, it did not apply.

12 Winkler J. found that the proposed action was a collateral attack on the OEB's orders. The *OEBA* indicated repeatedly that the OEB has exclusive control over matters within its jurisdiction. In addition, interested parties were welcome to participate in OEB hearings, and OEB orders were reviewable. The appellant did not avail himself of any of these opportunities, choosing instead to challenge the validity of the OEB orders in the courts. Winkler J. found that, unless attacked directly, OEB orders are valid and binding upon the respondent and its consumers. The OEB was not a party to the instant proceeding and its orders were not before the court. Winkler J. noted that the setting of rates is a balancing exercise, with LPPs being one factor under consideration. Applying *Sprint Canada Inc. v. Bell Canada* (1997), 79 C.P.R. (3d) 31 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *Ontario Hydro v. Kelly* (1998), 39 O.R. (3d) 107 (Gen. Div.), and *Mahar v. Rogers Cablesystems Ltd.* (1995), 25 O.R. (3d) 690 (Gen. Div.), Winkler J. found that the instant action, although framed as a private dispute between two contractual parties, was in reality an impermissible collateral attack on the validity of OEB orders. It would be inappropriate for the court to determine matters that fall squarely within the OEB's jurisdiction. Moreover, this Court's decision in *Garland No. 1* with respect

pertinente, il s'agissait principalement de savoir si la loi confère expressément une certaine souplesse à l'organisme de réglementation provincial. L'article 347 ne confère pas cette souplesse, de sorte que ce moyen de défense ne peut pas être invoqué.

Selon le juge Winkler, l'art. 15 du *Code criminel* ne pouvait pas non plus être invoqué en défense. Cette disposition d'application très limitée visait, au départ, à soustraire les personnes servant le monarque *de facto* aux poursuites pour trahison découlant de leur fidélité à la personne ayant prétendu sans succès au trône. En dépit de la possibilité de l'appliquer d'une manière plus contemporaine, l'article était à première vue limité aux actes ou omissions autorisés par une personne ou entité possédant un pouvoir souverain. L'article ne s'appliquait pas du fait que la CEO ne possédait pas un pouvoir souverain.

Le juge Winkler a estimé que l'action projetée était une contestation indirecte des ordonnances de la CEO. La *LCEO* précisait, à maintes reprises, que la CEO a le contrôle exclusif des questions relevant de sa compétence. En outre, les parties intéressées étaient libres de participer aux audiences de la CEO, dont les ordonnances pouvaient faire l'objet d'un contrôle judiciaire. L'appelant a laissé passer toutes ces occasions, préférant contester devant les tribunaux la validité des ordonnances de la CEO. Le juge Winkler a conclu qu'à moins d'être contestées directement les ordonnances de la CEO sont valides et lient l'intimée et ses clients. La CEO n'était pas une partie aux procédures devant le tribunal et ses ordonnances n'étaient pas en cause. Le juge Winkler a fait remarquer que la tarification est un exercice de pondération dans le cadre duquel la PPR est l'un des facteurs à considérer. Appliquant les décisions *Sprint Canada Inc. c. Bell Canada* (1997), 79 C.P.R. (3d) 31 (C. Ont. (Div. gén.)), *Ontario Hydro c. Kelly* (1998), 39 O.R. (3d) 107 (Div. gén.), et *Mahar c. Rogers Cablesystems Ltd.* (1995), 25 O.R. (3d) 690 (Div. gén.), le juge Winkler a estimé que, bien qu'elle ait été intentée sous forme de litige privé entre deux parties contractantes, l'action dont il était saisi était, en réalité, une contestation indirecte inacceptable de la

to s. 347 provided the OEB with ample legal guidance to deal with the matter.

In case he was incorrect in that finding, Winkler J. went on to find that s. 18 of the *OEBA* provided a complete defence to the proposed action. He held that s. 18 was constitutionally valid because it did not interfere with Parliament's jurisdiction over interest and the criminal law, or, to the extent that it did, the interference was incidental. Although the respondent did not strictly comply with the OEB order in that it waived LPPs for some customers, this did not preclude the respondent from relying on s. 18.

In case that finding was also mistaken, Winkler J. went on to consider whether the appellant's claim for restitution was valid. The parties had conceded that the appellant had suffered a deprivation, and Winkler J. was satisfied that the respondent had received a benefit. However, he found that the OEB's rate order constituted a valid juristic reason for the respondent's enrichment.

Having reached those conclusions, Winkler J. declined to make a preservation order, as requested by the appellant, allowed the respondent's motion for summary judgment and dismissed the appellant's action. By endorsement, he ordered costs against the appellant.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 208 D.L.R. (4th) 494

McMurtry C.J.O., for the majority, found that Winkler J. was incorrect in finding that there had been an impermissible collateral attack on a decision of the OEB because the appellant was not challenging the merits or legality of the OEB order or attempting to raise a matter already dealt with by the OEB. Rather, the proposed class action was based on the principles of unjust enrichment and raised issues over which the OEB had no

validité des ordonnances de la CEO. Il ne connaît pas que le tribunal tranche des questions qui relèvent directement de la compétence de la CEO. De plus, l'arrêt *Garland* n° 1 de notre Cour relatif à l'art. 347 fournissait à la CEO suffisamment de repères juridiques pour régler la question.

Au cas où il aurait tort de tirer cette conclusion, le juge Winkler a ajouté que l'art. 18 de la *LCEO* constituait un moyen de défense suffisant pour contrer l'action projetée. Selon lui, l'art. 18 était constitutionnel parce qu'il n'empiétait pas sur la compétence fédérale en matière d'intérêts et de droit criminel, ou que tout empiétement qu'il pouvait avoir sur celle-ci était incident. Bien qu'elle ne se soit pas strictement conformée à l'ordonnance de la CEO en renonçant à infliger à certains clients des PPR, cela n'empêchait pas l'intimée d'invoquer l'art. 18.

Au cas où cette conclusion serait également erronée, le juge Winkler s'est ensuite demandé si l'action en restitution de l'appelant était valide. Les parties avaient reconnu que l'appelant avait subi un appauvrissement, et le juge Winkler était persuadé que l'intimée avait tiré un avantage. Il a toutefois conclu que l'ordonnance tarifaire de la CEO était un motif juridique justifiant l'enrichissement de l'intimée.

Après avoir tiré ces conclusions, le juge Winkler a refusé de prononcer l'ordonnance de conservation sollicitée par l'appelant, a accueilli la motion de l'intimée visant à obtenir un jugement sommaire et a rejeté l'action de l'appelant, en plus de le condamner aux dépens dans un jugement manuscrit.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 208 D.L.R. (4th) 494

Le juge en chef McMurtry a statué, au nom des juges majoritaires, que le juge Winkler avait eu tort de conclure qu'il y avait eu contestation indirecte inacceptable d'une décision de la CEO, du fait que l'appelant ne contestait ni le bien-fondé ni la légalité de l'ordonnance de la CEO, ou ne tentait pas de soulever une question déjà tranchée par la CEO. Au contraire, le recours collectif projeté était fondé sur les principes de l'enrichissement sans cause et

13

14

15

16

jurisdiction. As such, the courts had jurisdiction over the proposed class action.

17 McMurtry C.J.O. further found that s. 25 of the 1998 *OEBA* (the equivalent provision to s. 18 of the 1990 *OEBA*) did not provide grounds to dismiss the appellant's action. He did not agree that the respondent's failure to comply strictly with the OEB orders made s. 25 inapplicable. Instead, he found that while s. 25 provides a defence to any proceedings in so far as the act or omission at issue is in accordance with the OEB order, legislative provisions restricting citizen's rights of action attract strict construction (*Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275). The legislature could not reasonably be believed to have contemplated that an OEB order could mandate criminal conduct, and even wording as broad as that found in s. 25 could not provide a defence to an action for restitution arising from an OEB order authorizing criminal conduct. He noted that this decision was based on the principles of statutory interpretation, not on the federal paramountcy doctrine.

18 Section 15 of the *Criminal Code* did not provide the respondent with a defence, either. It was of limited application and is largely irrelevant in modern times. As for the "regulated industries defence", it did not apply because the case law did not indicate that a company operating in a regulatory industry could act directly contrary to the *Criminal Code*.

19 Nonetheless, McMurtry C.J.O. held that the appellant's unjust enrichment claim could not be made out. It had been conceded that the appellant suffered a deprivation, but McMurtry C.J.O. held that the appellant failed to establish the other two elements of the claim for unjust enrichment. While payment of money will normally be a benefit, McMurtry C.J.O. found that the payment of the late penalties in this case did not confer a benefit on the

soulevait des questions échappant à la compétence de la CEO. Par conséquent, les tribunaux étaient compétents pour entendre l'affaire.

Le juge en chef McMurtry a ajouté que l'art. 25 de la *LCEO* de 1998 (qui correspond à l'art. 18 de la *LCEO* de 1990) ne justifiait pas le rejet de l'action de l'appelant. Il n'était pas d'accord pour dire que l'art. 25 était inapplicable en raison de l'omission de l'intimée de se conformer strictement aux ordonnances de la CEO. Il estimait plutôt que, même si l'art. 25 peut être invoqué comme moyen de défense à l'encontre de toute instance dans la mesure où l'action ou l'omission en cause est conforme à l'ordonnance de la CEO, les dispositions législatives qui restreignent les droits d'action des citoyens doivent être interprétées d'une manière restrictive (*Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275). Il n'était pas raisonnable de croire que le législateur avait prévu qu'une ordonnance de la CEO pourrait commander une conduite criminelle, et même un libellé aussi général que celui de l'art. 25 ne pouvait pas servir de moyen de défense à l'encontre d'une action en restitution résultant d'une ordonnance de la CEO autorisant une conduite criminelle. Il a fait remarquer que cette décision était fondée sur les principes d'interprétation des lois et non sur la règle de la prépondérance fédérale.

L'intimée ne pouvait pas non plus invoquer comme moyen de défense l'art. 15 du *Code criminel*. Cette disposition d'application limitée est généralement dépourvue de pertinence de nos jours. Quant au « moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité », il était inopposable du fait que la jurisprudence n'indiquait pas qu'une société dont les activités étaient réglementées pouvait enfreindre directement le *Code criminel*.

Le juge en chef McMurtry a néanmoins décidé que l'appelant n'avait pas réussi à établir le bien-fondé de son action pour enrichissement sans cause. Les parties avaient reconnu que l'appelant avait subi un appauvrissement, mais le juge en chef McMurtry a considéré que celui-ci n'avait pas démontré l'existence des deux autres conditions nécessaires pour pouvoir intenter une action pour enrichissement sans cause. Bien que le versement d'une somme d'argent

respondent. Taking the “straightforward economic approach” to the first two elements of unjust enrichment, as recommended in *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, McMurtry C.J.O. noted that the OEB sets rates with a view to meeting the respondent’s overall revenue requirements. If the revenue available from LPPs had been set lower, the other rates would have been set higher. Therefore, the receipt of the LPPs was not an enrichment capable of giving rise to a restitutionary claim.

In case that conclusion was wrong, McMurtry C.J.O. went on to find that there was a juristic reason for any presumed enrichment. Under this aspect of the test, moral and policy questions were open for consideration, and it was necessary to consider what was fair to both the plaintiff and the defendant. It was therefore necessary to consider the statutory regime within which the respondent operated. McMurtry C.J.O. noted that the respondent was required by statute to apply the LPPs; it had been ordered to collect them and they were taken into account when the OEB made its rate orders. He found that it would be contrary to the equities in this case to require the respondent to repay all the LPP charges collected since 1981. Such an order would affect all of the respondent’s customers, including the vast majority who consistently pay on time.

The appellant argued that a preservation order was required even if his arguments on restitution were not successful because he could still be successful in arguing that the respondent could not enforce payment of the late penalties. As he had found no basis for ordering restitution, McMurtry C.J.O. saw no reason to make a preservation order. Moreover, the order requested would serve no practical purpose because it gave the respondent the right to spend the monies at stake. He dismissed the appeal and the appellant’s action. In so doing, he agreed with the motions judge that the appellant’s

représente normalement un avantage, le juge en chef McMurtry a conclu qu’en l’espèce les pénalités pour paiement en retard n’avaient conféré aucun avantage à l’intimée. Appliquant aux deux premiers éléments de l’enrichissement sans cause la méthode de l’« analyse économique simple » recommandée dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, le juge en chef McMurtry a souligné que les tarifs fixés par la CEO ont pour objet de permettre à l’intimée de subvenir à ses besoins globaux en matière de revenus. Une baisse des revenus susceptibles d’être tirés des PPR aurait entraîné une majoration des autres tarifs. Par conséquent, la perception des PPR ne constituait pas un enrichissement donnant ouverture à une action en restitution.

Au cas où cette conclusion serait erronée, le juge en chef McMurtry a ajouté qu’un motif juridique justifiait quelque présumé enrichissement. Dans l’examen de cet aspect du critère, des questions de morale et de politique générale pouvaient être prises en considération et il était nécessaire de déterminer ce qui était juste à la fois pour le demandeur et pour le défendeur. Il était donc nécessaire d’examiner le régime législatif auquel l’intimée était assujettie. Le juge en chef McMurtry a fait observer que l’intimée était également tenue d’infliger des PPR; la perception des PPR était obligatoire et la CEO en avait tenu compte dans ses ordonnances tarifaires. Il estimait qu’en l’espèce il serait contraire aux principes d’equity d’obliger l’intimée à rembourser toutes les PPR qu’elle avait perçues depuis 1981. Une telle ordonnance aurait une incidence sur tous les clients de l’intimée, y compris la vaste majorité de ceux qui paient toujours à temps.

L’appelant a soutenu que, même si son argumentation concernant la restitution était rejetée, une ordonnance de conservation était nécessaire étant donné qu’il était toujours possible que sa prétention que l’intimée ne pouvait pas exiger le paiement des PPR soit retenue. Étant donné qu’il avait conclu que rien ne justifiait d’ordonner la restitution, le juge en chef McMurtry ne voyait pas l’utilité de prononcer une ordonnance de conservation. De plus, l’ordonnance sollicitée n’aurait été d’aucune utilité vu qu’elle aurait donné à l’intimée le droit de dépenser les sommes en cause. Il a rejeté l’appel et l’action de

20

21

claims for declaratory and injunctive relief should not be granted.

22 As to costs, McMurtry C.J.O. found that there were several considerations that warranted overturning the order that the appellant pay the respondent's costs. First, the order required him to pay the costs of his successful appeal to the Supreme Court of Canada. Second, even though the respondent was ultimately successful, it failed on two of the defences it raised at the motions stage and three of the defences it raised at the Court of Appeal. Third, the proceedings raised novel issues. McMurtry C.J.O. found that each party should bear its own costs.

23 Borins J.A., writing in dissent, was of the opinion that the appeal should be allowed. He agreed with most of McMurtry C.J.O.'s reasons, but found that the plaintiff class was entitled to restitution. In his opinion, the motions judge's finding that the LPPs had enriched the respondent by causing it to have more money than it had before was supported by the evidence and the authorities. Absent material error, he held, it was not properly reviewable.

24 However, Borins J.A. found that the motions judge had erred in law in finding that there was a juristic reason for the enrichment. The motions judge had failed to consider the effect of the Supreme Court of Canada decision that the charges amount to interests at a criminal rate and that s. 347 of the *Criminal Code* prohibits the receipt of such interest. As a result of this decision, Borins J.A. felt that the rate orders ceased to have any legal effect and could not provide a juristic reason for the enrichment. A finding that the rate orders constituted a juristic reason for contravening s. 347 also allowed orders of a provincial regulatory authority to override federal criminal law and removed a substantial reason for compliance with s. 347. Thus, he held that allowing the respondent

l'appelant. Ce faisant, il a souscrit à l'avis du juge des motions qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir les demandes de jugement déclaratoire et d'injonction présentées par l'appelant.

Quant aux dépens, le juge en chef McMurtry a décidé que plusieurs facteurs justifiaient l'annulation de l'ordonnance enjoignant à l'appelant de payer les dépens de l'intimée. Premièrement, l'ordonnance l'obligeait à payer les dépens du pourvoi qu'il avait formé avec succès devant la Cour suprême du Canada. Deuxièmement, même si l'intimée a finalement eu gain de cause, deux des moyens de défense qu'elle avait invoqués à l'étape des motions et trois de ceux qu'elle avait invoqués en Cour d'appel n'ont pas été retenus. Troisièmement, l'instance soulevait des questions nouvelles. Le juge en chef McMurtry a conclu que chaque partie devait supporter ses propres dépens.

Le juge Borins, dissident, aurait accueilli l'appel. Il a souscrit à la majeure partie des motifs du juge en chef McMurtry, mais il a estimé que les membres du groupe de demandeurs avaient droit à la restitution. Selon lui, la conclusion du juge des motions selon laquelle les PPR ont permis à l'intimée d'augmenter ses revenus et, ainsi, de s'enrichir était étayée par la preuve et par la jurisprudence et la doctrine. Il considérait qu'en l'absence d'erreur importante cette conclusion ne donnait pas lieu à révision.

Le juge Borins a toutefois décidé que le juge des motions avait commis une erreur de droit en concluant qu'un motif juridique justifiait l'enrichissement. Le juge des motions n'avait pas tenu compte de l'incidence de l'arrêt de la Cour suprême du Canada voulant que les frais constituent des intérêts à un taux criminel et que l'art. 347 du *Code criminel* interdise la perception de tels intérêts. Le juge Borins a estimé qu'en raison de cet arrêt les ordonnances tarifaires avaient perdu tout effet juridique et ne pouvaient pas constituer un motif juridique justifiant l'enrichissement. Conclure que les ordonnances tarifaires étaient un motif juridique justifiant une contravention à l'art. 347 permettait aussi aux ordonnances d'un organisme de réglementation provincial de l'emporter sur le droit criminel fédéral et

to retain the LPPs was contrary to the federal paramountcy doctrine.

According to Borins J.A., finding the OEB orders to constitute a juristic reason would also be contrary to the authorities which have applied s. 347 in the context of commercial obligations. This line of cases required consideration of when restitution should have been ordered and for what portion of the amount paid. Finally, it would allow the respondent to profit from its own wrongdoing.

Borins J.A. was not sympathetic to the respondent's claims that its change of position should allow it to keep the money it had collected in contravention of s. 347, even if it could have recovered the same amount of money on an altered rate structure. He also noted that, in his opinion, the issue of recoverability should have been considered in the context of the class action, not on the basis of the representative plaintiff's claim for \$75. Borins J.A. would have allowed the appeal, set aside the judgment dismissing the appellant's claim, granted partial summary judgment, and dismissed the respondent's motion for summary judgment. The appellant would have been required to proceed to trial with respect to damages. He would also have declared that the charging and receipt of LPPs by the respondent violates s. 347(1)(b) of the *Criminal Code* and that the LPPs need not be paid by the appellant, and would have ordered that the respondent repay the LPPs received from the appellant, as determined by the trial judge. He would also have ordered costs against the respondent.

It should be noted that on January 9, 2003, McLachlin C.J. stated the following constitutional question:

Are s. 18 of the *Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.13, and s. 25 of the *Ontario Energy Board Act*, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sched. B, constitutionally inoperative

supprimait une raison importante de respecter cette disposition. Il estimait donc que permettre à l'intimée de conserver les PPR violait la règle de la prépondérance fédérale.

Selon le juge Borins, la conclusion que les ordonnances de la CEO constituent un motif juridique irait aussi à l'encontre de la jurisprudence dans laquelle l'art. 347 a été appliqué en matière d'obligations commerciales. Ce courant de jurisprudence exige de tenir compte du moment où la restitution aurait dû être ordonnée et de la partie de la somme versée qui aurait alors dû être restituée. Enfin, cette conclusion permettrait à l'intimée de tirer avantage de ses propres actes répréhensibles.

Le juge Borins n'a pas accueilli favorablement l'argument de l'intimée selon lequel son changement de situation devait lui permettre de conserver les sommes perçues en contravention de l'art. 347, même si elle avait pu recouvrer les mêmes sommes grâce à une structure tarifaire modifiée. Il a aussi mentionné qu'à son avis la question de la possibilité de recouvrement aurait dû être examinée dans le cadre du recours collectif et non dans celui de la réclamation de 75 \$ soumise par le représentant des demandeurs. Le juge Borins aurait accueilli l'appel, infirmé le jugement rejetant l'action de l'appelant, accordé en partie un jugement sommaire et rejeté la motion de l'intimée visant à obtenir un jugement sommaire. L'appelant aurait dû retourner devant le tribunal de première instance en ce qui concerne les dommages-intérêts. Le juge Borins aurait également déclaré que l'infliction et la perception par l'intimée des PPR contreviennent à l'al. 347(1)b) du *Code criminel* et que l'appelant n'est pas tenu de les payer. Il aurait, en outre, ordonné à l'intimée de rembourser, selon le montant fixé par le juge de première instance, les PPR perçues auprès de l'appelant. Il aurait enfin condamné l'intimée aux dépens.

Il y a lieu de noter que, le 9 janvier 2003, la juge en chef McLachlin a formulé la question constitutionnelle suivante :

Les articles 18 de la *Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.13, et 25 de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O.

25

26

27

by reason of the paramountcy of s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46?

As will be clear from the reasons below, I have found it unnecessary to answer the constitutional question.

IV. Issues

28

1. Does the appellant have a claim for restitution?

- (a) Was the respondent enriched?
- (b) Is there a juristic reason for the enrichment?

2. Can the respondent avail itself of any defence?

- (a) Does the change of position defence apply?
- (b) Does s. 18 (now s. 25) of the *OEBA* ("s. 18/25") shield the respondent from liability?
- (c) Is the appellant engaging in a collateral attack on the orders of the Board?
- (d) Does the "regulated industries" defence exonerate the respondent?
- (e) Does the *de facto* doctrine exonerate the respondent?

3. Other orders sought by the appellant

- (a) Should this Court make a preservation order?
- (b) Should this Court make a declaration that the LPPs need not be paid?
- (c) What order should this Court make as to costs?

1998, ch. 15, ann. B, sont-ils inopérants, du point de vue constitutionnel, en raison de la primauté de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46?

Comme l'indiqueront clairement les motifs qui suivent, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle.

IV. Les questions en litige

1. L'appelant a-t-il droit à la restitution?

- a) L'intimée s'est-elle enrichie?
- b) Un motif juridique justifie-t-il l'enrichissement?

2. L'intimée peut-elle invoquer quelque moyen de défense?

- a) Le moyen de défense fondé sur le changement de situation peut-il être invoqué?
- b) L'article 18 (maintenant art. 25) de la *LCEO* (« art. 18/25 ») exonère-t-il l'intimée de toute responsabilité?
- c) L'appelant se livre-t-il à une contestation indirecte des ordonnances de la Commission?
- d) Le moyen de défense fondé sur la « réglementation de l'activité » disculpe-t-il l'intimée?
- e) Le principe de la validité *de facto* disculpe-t-il l'intimée?

3. Les autres ordonnances sollicitées par l'appelant

- a) Notre Cour devrait-elle prononcer une ordonnance de conservation?
- b) Notre Cour devrait-elle rendre un jugement déclarant qu'il n'est pas nécessaire de payer les PPR?
- c) Quelle ordonnance notre Cour devrait-elle prononcer en matière de dépens?

V. Analysis

My analysis will proceed as follows. First, I will assess the appellant's claim in unjust enrichment. Second, I will determine whether the respondent can avail itself of any defences to the appellant's claim. Finally, I will address the other orders sought by the appellant.

A. *Unjust Enrichment*

As a general matter, the test for unjust enrichment is well established in Canada. The cause of action has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason for the enrichment (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 784). In this case, the parties are agreed that the second prong of the test has been satisfied. I will thus address the first and third prongs of the test in turn.

(a) Enrichment of the Defendant

In *Peel, supra*, at p. 790, McLachlin J. (as she then was) noted that the word "enrichment" connotes a tangible benefit which has been conferred on the defendant. This benefit, she writes, can be either a positive benefit, such as the payment of money, or a negative benefit, for example, sparing the defendant an expense which he or she would otherwise have incurred. In general, moral and policy arguments have not been considered under this head of the test. Rather, as McLachlin J. wrote in *Peter, supra*, at p. 990, "[t]his Court has consistently taken a straightforward economic approach to the first two elements of the test for unjust enrichment". Other considerations, she held, belong more appropriately under the third element — absence of juristic reason.

In this case, the transactions at issue are payments of money by late payers to the respondent. It seems to me that, as such, under the "straightforward

V. Analyse

J'effectuerai mon analyse de la façon suivante. Premièrement, j'examinerai l'action pour enrichissement sans cause intentée par l'appelant. Deuxièmement, je déciderai si l'intimée peut opposer quelque moyen de défense à l'action de l'appelant. Enfin, j'aborderai la question des autres ordonnances sollicitées par l'appelant.

A. *Enrichissement sans cause*

En général, le critère applicable en matière d'enrichissement sans cause est bien établi au Canada. La cause d'action comporte trois éléments : (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 848; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 784). En l'espèce, les parties conviennent que le deuxième volet du critère est respecté. J'examinerai donc successivement les premier et troisième volets du critère.

a) Enrichissement du défendeur

Dans l'arrêt *Peel*, précité, p. 790, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a souligné que le mot « enrichissement » connote un avantage tangible conféré au défendeur. Cet avantage, écrit-elle, peut être soit positif, tel le versement d'une somme d'argent, soit négatif en ce sens, par exemple, qu'il épargne au défendeur une dépense à laquelle il aurait par ailleurs été tenu. Habituellement, les arguments d'ordre moral et de politique générale ne sont pas pris en considération relativement à cet élément du critère. Au contraire, comme l'écrit la juge McLachlin dans l'arrêt *Peter*, précité, p. 990, « [n]otre Cour a toujours utilisé une analyse économique simple relativement aux deux premiers éléments du critère » de l'enrichissement sans cause. Elle conclut que c'est dans le cadre du troisième élément, à savoir l'absence de motif juridique, que les autres facteurs peuvent le mieux être examinés.

En l'espèce, les opérations en cause sont les paiements que les clients dont le compte était en souffrance ont fait à l'intimée. À cet égard, il me

29

30

31

32

economic approach" to the benefit analysis, this element is satisfied. Winkler J. followed this approach and was satisfied that the respondent had received a benefit. "Simply stated", he wrote at para. 95, "as a result of each LPP received by Consumers' Gas, the company has more money than it had previously and accordingly is enriched."

- 33 The majority of the Court of Appeal for Ontario disagreed. McMurtry C.J.O. found that while payment of money would normally be a benefit, it was not in this case. He claimed to be applying the "straightforward economic approach" as recommended in *Peter, supra*, but accepted the respondent's argument that because of the rate structure of the OEB, the respondent had not actually been enriched. Because LPPs were part of a scheme designed to recover the respondent's overall revenue, any increase in LPPs was off-set by a corresponding decrease in regular rates. Thus McMurtry C.J.O. concluded, "[t]he enrichment that follows from the receipt of LPPs is passed on to all [Consumers' Gas] customers in the form of lower gas delivery rates" (para. 65). As a result, the real beneficiary of the scheme is not the respondent but is rather all of the respondent's customers.

- 34 In his dissent, Borins J.A. disagreed with this analysis. He would have held that where there is payment of money, there is little controversy over whether or not a benefit was received and since a payment of money was received in this case, a benefit was conferred on the respondent.

- 35 The respondent submits that it is not enough that the plaintiff has made a payment; rather, it must also be shown that the defendant is "in possession of a benefit". It argues that McMurtry C.J.O. had correctly held that the benefit had effectively been passed on to the respondent's customers, so the respondent could not be said to have retained the benefit. The appellant, on the other hand, maintains

semble que l'« analyse économique simple » relative à l'avantage permet de conclure qu'un avantage a effectivement été conféré. Après avoir procédé à cette analyse, le juge Winkler était persuadé que l'intimée avait tiré un avantage. Il a écrit, au par. 95 : [TRADUCTION] « Les PPR ont tout simplement permis à Consumers' Gas d'augmenter ses revenus et, par conséquent, de s'enrichir. »

Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario n'étaient pas de cet avis. Le juge en chef McMurtry a estimé qu'en l'espèce le versement d'une somme d'argent ne représentait pas un avantage, comme ce serait le cas normalement. Tout en affirmant qu'il procédait à l'« analyse économique simple » recommandée dans l'arrêt *Peter*, précité, il a retenu l'argument de l'intimée voulant qu'elle ne soit pas vraiment enrichie à cause de la structure tarifaire de la CEO. Vu que les PPR s'inscrivaient dans un régime destiné à permettre à l'intimée de subvenir à ses besoins globaux en matière de revenus, toute augmentation de celles-ci était compensée par une réduction correspondante des tarifs réguliers. Le juge en chef McMurtry a donc conclu que [TRADUCTION] « [l']enrichissement résultant de la perception des PPR est transmis, sous forme de réduction des tarifs de livraison du gaz, à tous les clients [de Consumers' Gas] » (par. 65). Par conséquent, c'est en réalité l'ensemble de la clientèle de l'intimée qui bénéficie de ce régime, et non pas l'intimée elle-même.

Dans ses motifs dissidents, le juge Borins a exprimé son désaccord avec cette analyse. Selon lui, lorsqu'il y a versement d'une somme d'argent, la question de savoir si un avantage a été conféré suscite peu de controverses et, en l'espèce, l'intimée a tiré un avantage étant donné qu'elle a touché une somme d'argent.

L'intimée fait valoir qu'il ne suffit pas que le demandeur ait effectué un paiement; au contraire, il faut aussi démontrer que le défendeur est [TRADUCTION] « en possession d'un avantage ». Elle soutient que le juge en chef McMurtry a eu raison de conclure que l'avantage a été transmis aux clients de l'intimée, de sorte qu'on ne peut pas dire que cette dernière l'a conservé. Pour sa part,

that the “straightforward economic approach” from *Peter, supra*, should be applied and any other moral or policy considerations should be considered at the juristic reason stage of the analysis.

I agree with the analysis of Borins J.A. on this point. The law on this question is relatively clear. Where money is transferred from plaintiff to defendant, there is an enrichment. Transfer of money so clearly confers a benefit that it is the main example used in the case law and by commentators of a transaction that meets the threshold for a benefit (see *Peel, supra*, at p. 790; *Sharwood & Co. v. Municipal Financial Corp.* (2001), 53 O.R. (3d) 470 (C.A.), at p. 478; P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (1990), at p. 38; Lord Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (6th ed. 2002), at p. 18). There simply is no doubt that Consumers' Gas received the monies represented by the LPPs and had that money available for use in the carrying on of its business. The availability of those funds constitutes a benefit to Consumers' Gas. We are not, at this stage, concerned with what happened to this benefit in the ongoing operation of the regulatory scheme.

While the respondent rightly points out that the language of “received and retained” has been used with respect to the benefit requirement (see, for example, *Peel, supra*, at p. 788), it does not make sense that it is a requirement that the benefit be retained permanently. The case law does, in fact, recognize that it might be unfair to award restitution in cases where the benefit was not retained, but it does so after the three steps for a claim in unjust enrichment have been made out by recognizing a “change of position” defence (see, for example, *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147; *RBC Dominion Securities Inc. v. Dawson* (1994), 111 D.L.R. (4th) 230 (Nfld. C.A.)). Professor J. S. Ziegel, in his comment on the Ontario Court of Appeal decision in this case, “Criminal Usury, Class Actions and Unjust Enrichment in Canada” (2002), 18 *J. Cont. L.* 121, at p. 126, suggests that McMurtry C.J.O.’s reliance on the regulatory framework of the LPP

l’appelant affirme qu’il y a lieu de procéder à l’« analyse économique simple » recommandée dans l’arrêt *Peter*, précité, et que toute autre question de morale ou de politique générale devrait être examinée à l’étape de l’analyse du motif juridique.

Je souscris à l’analyse du juge Borins sur ce point. Le droit applicable en la matière est relativement clair. Lorsqu’une somme d’argent passe du demandeur au défendeur, il y a enrichissement. Il est si évident que le transfert d’une somme d’argent confère un avantage que les tribunaux et les commentateurs s’en servent comme exemple typique d’opération où un avantage est conféré (voir *Peel*, précité, p. 790; *Sharwood & Co. c. Municipal Financial Corp.* (2001), 53 O.R. (3d) 470 (C.A.), p. 478; P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (1990), p. 38; lord Goff et G. Jones, *The Law of Restitution* (6^e éd. 2002), p. 18). Il n’y a simplement aucun doute que Consumers' Gas a reçu les sommes d’argent représentées par les PPR et qu’elle pouvait utiliser cet argent pour exploiter son entreprise. La disponibilité de ces fonds représente un avantage pour Consumers' Gas. À ce stade, nous ne nous intéressons pas à la question de savoir où est passé cet avantage dans le cadre de l’application du régime de réglementation.

Bien que l’intimée signale à bon droit que l’expression « reçu et retenu » a été utilisée relativement à l’exigence d’un avantage (voir, par exemple, l’arrêt *Peel*, précité, p. 788), il n’est pas logique d’exiger que l’avantage soit conservé de façon permanente. En fait, la jurisprudence reconnaît qu’il pourrait être inéquitable d’ordonner la restitution dans le cas où l’avantage n’a pas été conservé, mais elle le fait en retenant le moyen de défense fondé sur un « changement de situation », une fois qu’il est établi que les trois conditions justifiant l’introduction d’une action pour enrichissement sans cause sont remplies (voir, par exemple, *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147; *RBC Dominion Securities Inc. c. Dawson* (1994), 111 D.L.R. (4th) 230 (C.A.T.-N.)). Dans son commentaire de l’arrêt rendu en l’espèce par la Cour d’appel de l’Ontario, intitulé « Criminal Usury, Class Actions and Unjust Enrichment in Canada » (2002), 18 *J. Cont. L.*

in finding that a benefit was not conferred “was really a change of position defence”. I agree with this assessment. Whether recovery should be barred because the benefit was passed on to the respondent’s other customers ought to be considered under the change of position defence.

121, p. 126, le professeur J. S. Ziegel affirme qu’en s’appuyant sur le cadre réglementaire de la PPR pour conclure qu’aucun avantage n’avait été conféré, le juge en chef McMurtry évoquait [TRADUCTION] «en réalité le moyen de défense fondé sur le changement de situation». Je suis du même avis. La question de savoir si le fait que l’avantage a été transmis aux autres clients de l’intimée doit empêcher le recouvrement devrait être examinée au regard du moyen de défense fondé sur le changement de situation.

(b) Absence of Juristic Reason

(i) *General Principles*

38 In his original formulation of the test for unjust enrichment in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 455 (adopted in *Pettkus, supra*, at p. 844), Dickson J. (as he then was) held in his minority reasons that for an action in unjust enrichment to succeed:

... the facts must display an enrichment, a corresponding deprivation, and the absence of any juristic reason — such as a contract or disposition of law — for the enrichment.

39 Later formulations of the test by this Court have broadened the types of factors that can be considered in the context of the juristic reason analysis. In *Peter, supra*, at p. 990, McLachlin J. held that:

It is at this stage that the court must consider whether the enrichment and detriment, morally neutral in themselves, are “unjust”.

... The test is flexible, and the factors to be considered may vary with the situation before the court.

40 The “juristic reason” aspect of the test for unjust enrichment has been the subject of much academic commentary and criticism. Much of the discussion arises out of the difference between the ways in which the cause of action of unjust enrichment is conceptualized in Canada and in England. While both Canadian and English causes of action require an enrichment of the defendant and a

b) Absence de motif juridique

(i) *Principes généraux*

Lorsqu’il a formulé, pour la première fois, le critère applicable à l’enrichissement sans cause dans l’arrêt *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 455 (adopté dans l’arrêt *Pettkus*, précité, p. 844), le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu, dans ses motifs minoritaires, que, pour qu’une action pour enrichissement sans cause soit accueillie,

... les faits doivent démontrer un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l’absence de tout motif juridique — tel un contrat ou une disposition légale — à l’enrichissement.

Dans ses formulations ultérieures du critère, notre Cour a élargi les catégories de facteurs pouvant être pris en considération dans le cadre de l’analyse du motif juridique. Dans l’arrêt *Peter*, précité, p. 990, la juge McLachlin conclut ceci :

C’est à cette étape que le tribunal doit vérifier si l’enrichissement et le désavantage, moralement neutres en soi, sont « injustes ».

... Le critère est souple, et les facteurs peuvent varier selon la situation sur laquelle doit se prononcer le tribunal.

L’aspect « motif juridique » du critère applicable à l’enrichissement sans cause fait l’objet de commentaires et de critiques de la part de nombreux auteurs. Le débat tient en bonne partie à la façon différente dont la cause d’action en matière d’enrichissement sans cause est conceptualisée au Canada et en Angleterre. Dans les deux cas, il doit y avoir enrichissement du défendeur et

corresponding deprivation of the plaintiff, the Canadian cause of action requires that there be “an absence of juristic reason for the enrichment”, while English courts require “that the enrichment be unjust” (see discussion in L. Smith, “The Mystery of ‘Juristic Reason’” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211, at pp. 212-13). It is not of great use to speculate on why Dickson J. in *Rathwell*, *supra*, expressed the third condition as absence of juristic reason but I believe that he may have wanted to ensure that the test for unjust enrichment was not purely subjective in order to be responsive to Martland J.’s criticism in his reasons that application of the doctrine of unjust enrichment contemplated by Dickson J. would require “immeasurable judicial discretion” (p. 473). The importance of avoiding a purely subjective standard was also stressed by McLachlin J. in her reasons in *Peel*, *supra*, at p. 802, in which she wrote that the application of the test for unjust enrichment should not be “case by case ‘palm tree’ justice”.

Perhaps as a result of these two formulations of this aspect of the test, Canadian courts and commentators are divided in their approach to juristic reason. As Borins J.A. notes in his dissent (at para. 105), while “some judges have taken the *Pettkus* formulation literally and have attempted to decide cases by finding a ‘juristic reason’ for a defendant’s enrichment, other judges have decided cases by asking whether the plaintiff has a positive reason for demanding restitution”. In his article, “The Mystery of ‘Juristic Reason’”, *supra*, which was cited at length by Borins J.A., Professor Smith suggests that it is not clear whether the requirement of “absence of juristic reason” should be interpreted literally to require that plaintiffs show the absence of a reason for the defendant to keep the enrichment or, as in the English model, the plaintiff must show a reason for reversing the transfer of wealth. Other commentators have argued that in fact there is no difference beyond semantics between the Canadian and English tests (see, for example, M. McInnes, “Unjust

appauvrissement correspondant du demandeur. Alors qu’au Canada l’[TRADUCTION] « absence de motif juridique justifiant l’enrichissement » est requise, les tribunaux anglais, pour leur part, exigent « que l’enrichissement soit injuste » (voir l’analyse de L. Smith, intitulée « The Mystery of “Juristic Reason” » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211, p. 212-213). Bien qu’il ne soit pas très utile de conjecturer sur ce qui a poussé le juge Dickson, dans l’arrêt *Rathwell*, précité, à énoncer l’absence de motif juridique comme troisième condition, je crois qu’il a peut-être voulu empêcher que le critère applicable relatif à l’enrichissement sans cause soit purement subjectif, et ainsi repousser la critique formulée dans les motifs du juge Martland, selon laquelle l’application de la règle de l’enrichissement sans cause envisagée par le juge Dickson nécessiterait l’exercice d’un « pouvoir discrétionnaire incommensurable » (p. 473). Dans l’arrêt *Peel*, précité, p. 802, la juge McLachlin a, elle aussi, souligné l’importance d’éviter l’adoption d’une norme purement subjective en écrivant que l’application du critère relatif à l’enrichissement sans cause ne devait pas se faire « au cas par cas ».

Peut-être est-ce à cause de ces deux formulations de cet aspect du critère que les tribunaux et les commentateurs canadiens n’interprètent pas de la même façon la notion du motif juridique. Comme le fait remarquer le juge Borins, dans ses motifs dissidents (par. 105), [TRADUCTION] « certains juges ont interprété littéralement la formulation de l’arrêt *Pettkus* et ont tenté de trancher des affaires en concluant à l’existence d’un “motif juridique” justifiant l’enrichissement du défendeur », alors que d’autres « ont tranché des affaires en se demandant si le demandeur avait une raison concrète d’exiger la restitution ». Dans son article intitulé « The Mystery of “Juristic Reason” », *loc. cit.*, amplement cité par le juge Borins, le professeur Smith affirme qu’on ne sait pas clairement s’il faut interpréter littéralement l’exigence d’« absence de motif juridique » comme obligeant les demandeurs à démontrer que le défendeur n’a aucune raison de conserver ce dont il s’est enrichi, ou si, conformément au modèle anglais, le demandeur doit démontrer l’existence d’un motif d’annulation du transfert de richesse. D’autres

Enrichment — Restitution — Absence of Juristic Reason: *Campbell v. Campbell*" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 459).

42 Professor Smith argues that, if there is in fact a distinct Canadian approach to juristic reason, it is problematic because it requires the plaintiff to prove a negative, namely the absence of a juristic reason. Because it is nearly impossible to do this, he suggests that Canada would be better off adopting the British model where the plaintiff must show a positive reason that it would be unjust for the defendant to retain the enrichment. In my view, however, there is a distinctive Canadian approach to juristic reason which should be retained but can be construed in a manner that is responsive to Smith's criticism.

43 It should be recalled that the test for unjust enrichment is relatively new to Canadian jurisprudence. It requires flexibility for courts to expand the categories of juristic reasons as circumstances require and to deny recovery where to allow it would be inequitable. As McLachlin J. wrote in *Peel, supra*, at p. 788, the Court's approach to unjust enrichment, while informed by traditional categories of recovery, "is capable, however, of going beyond them, allowing the law to develop in a flexible way as required to meet changing perceptions of justice". But at the same time there must also be guidelines that offer trial judges and others some indication of what the boundaries of the cause of action are. The goal is to avoid guidelines that are so general and subjective that uniformity becomes unattainable.

44 The parties and commentators have pointed out that there is no specific authority that settles this question. But recalling that this is an equitable remedy that will necessarily involve discretion and questions of fairness, I believe that some redefinition and reformulation is required. Consequently, in

commentateurs ont prétendu qu'en fait la seule différence qui existe entre les critères canadien et anglais est d'ordre sémantique (voir, par exemple, M. McInnes, « Unjust Enrichment — Restitution — Absence of Juristic Reason : *Campbell v. Campbell* » (2000), 79 *R. du B. can.* 459).

Le professeur Smith fait valoir que, si elle existe vraiment, la façon canadienne d'interpréter le motif juridique pose un problème étant donné qu'elle oblige le demandeur à prouver ce qui n'est pas, c'est-à-dire l'absence de motif juridique. Il ajoute que, puisque cette preuve est presque impossible à faire, il serait préférable que le Canada adopte le modèle anglais qui oblige le demandeur à démontrer de manière positive pourquoi il serait injuste que le défendeur conserve ce dont il s'est enrichi. J'estime cependant qu'il y a une façon proprement canadienne d'interpréter le motif juridique qui doit être maintenue tout en étant susceptible de tenir compte de la critique formulée par Smith.

Rappelons-nous que le critère applicable à l'enrichissement sans cause est relativement nouveau dans la jurisprudence canadienne. Il exige que les tribunaux aient la souplesse nécessaire pour élargir les catégories de motifs juridiques lorsque les circonstances l'exigent et pour refuser le recouvrement lorsqu'il serait inéquitable de l'autoriser. Comme la juge McLachlin l'a écrit dans l'arrêt *Peel*, précité, p. 788, bien qu'elle procède des catégories traditionnelles de recouvrement, l'interprétation que la Cour donne de l'enrichissement sans cause peut « les déborder de manière à ce que le droit puisse évoluer avec la souplesse qui s'impose pour tenir compte des perceptions changeantes de la justice ». Toutefois, il doit, en même temps, y avoir des lignes directrices qui donnent aux juges de première instance et autres des indications sur les limites de la cause d'action. L'objectif est d'éviter des lignes directrices générales et subjectives qui empêchent toute uniformité.

Les parties et les commentateurs ont souligné que la jurisprudence et la doctrine ne règlent pas explicitement cette question. Cependant, tout en rappelant qu'il s'agit d'un recours en equity qui fait nécessairement intervenir un pouvoir discrétionnaire et des questions d'équité, je crois qu'une redéfinition et

my view, the proper approach to the juristic reason analysis is in two parts. First, the plaintiff must show that no juristic reason from an established category exists to deny recovery. By closing the list of categories that the plaintiff must canvass in order to show an absence of juristic reason, Smith's objection to the Canadian formulation of the test that it required proof of a negative is answered. The established categories that can constitute juristic reasons include a contract (*Pettkus, supra*), a disposition of law (*Pettkus, supra*), a donative intent (*Peter, supra*), and other valid common law, equitable or statutory obligations (*Peter, supra*). If there is no juristic reason from an established category, then the plaintiff has made out a *prima facie* case under the juristic reason component of the analysis.

The *prima facie* case is rebuttable, however, where the defendant can show that there is another reason to deny recovery. As a result, there is a *de facto* burden of proof placed on the defendant to show the reason why the enrichment should be retained. This stage of the analysis thus provides for a category of residual defence in which courts can look to all of the circumstances of the transaction in order to determine whether there is another reason to deny recovery.

As part of the defendant's attempt to rebut, courts should have regard to two factors: the reasonable expectations of the parties, and public policy considerations. It may be that when these factors are considered, the court will find that a new category of juristic reason is established. In other cases, a consideration of these factors will suggest that there was a juristic reason in the particular circumstances of a case which does not give rise to a new category of juristic reason that should be applied in other factual circumstances. In a third group of cases, a consideration of these factors will yield a determination that there was no juristic reason for the enrichment. In the latter cases, recovery should be allowed. The point here is that this area is an evolving one and

une reformulation s'imposent. J'estime donc qu'il convient de scinder en deux étapes l'analyse du motif juridique. Le demandeur doit d'abord démontrer qu'aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie ne justifie de refuser le recouvrement. En circonscrivant la liste des catégories que le demandeur doit examiner pour démontrer l'absence de motif juridique, on répond à l'objection soulevée par le professeur Smith voulant que la formulation canadienne du critère oblige à prouver ce qui n'est pas. Parmi les catégories établies susceptibles de constituer un motif juridique, il y a le contrat (*Pettkus, précité*), la disposition légale (*Pettkus, précité*), l'intention libérale (*Peter, précité*) et les autres obligations valides imposées par la common law, l'equity ou la loi (*Peter, précité*). S'il n'existe aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie, le demandeur a alors établi une preuve *prima facie* en ce qui concerne le volet « motif juridique » de l'analyse.

La preuve *prima facie* est cependant réfutable si le défendeur parvient à démontrer qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement. En conséquence, le défendeur a l'obligation *de facto* de démontrer pourquoi il devrait conserver ce dont il s'est enrichi. À cette étape de l'analyse, le défendeur peut donc recourir à une catégorie de moyens de défense résiduels qui permettent aux tribunaux d'examiner toutes les circonstances de l'opération afin de déterminer s'il existe un autre motif de refuser le recouvrement.

Lorsque le défendeur tente de réfuter la preuve en question, les tribunaux doivent tenir compte de deux facteurs : les attentes raisonnables des parties et les considérations d'intérêt public. Il se peut qu'en examinant ces facteurs le tribunal découvre qu'une nouvelle catégorie de motifs juridiques est établie. Dans d'autres cas, l'examen de ces facteurs indiquera que, dans les circonstances particulières d'une affaire, il existait un motif juridique qui ne donne toutefois pas naissance à une nouvelle catégorie de motifs juridiques qui devrait s'appliquer dans d'autres circonstances. Dans une troisième catégorie d'affaires, l'examen de ces facteurs amène à conclure qu'aucun motif juridique ne justifiait l'enrichissement. Dans ces cas, il y a lieu d'accueillir la demande de

that further cases will add additional refinements and developments.

47 In my view, this approach to the juristic reason analysis is consistent with the general approach to unjust enrichment endorsed by McLachlin J. in *Peel, supra*, where she stated that courts must effect a balance between the traditional “category” approach according to which a claim for restitution will succeed only if it falls within an established head of recovery, and the modern “principled” approach according to which relief is determined with reference to broad principles. It is also, as discussed by Professor Smith, *supra*, generally consistent with the approach to unjust enrichment found in the civil law of Quebec (see, for example, arts. 1493 and 1494 of the *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64).

(ii) Application

48 In this case, the only possible juristic reason from an established category that could be used to justify the enrichment is the existence of the OEB orders creating the LPPs under the “disposition of law” category. The OEB orders, however, do not constitute a juristic reason for the enrichment because they are rendered inoperative to the extent of their conflict with s. 347 of the *Criminal Code*. The plaintiff has thus made out a *prima facie* case for unjust enrichment.

49 Disposition of law is well established as a category of juristic reason. In *Rathwell, supra*, Dickson J. gave as examples of juristic reasons “a contract or disposition of law” (p. 455). In *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445 (“GST Reference”), Lamer C.J. held that a valid statute is a juristic reason barring recovery in unjust enrichment. This was affirmed in *Peter, supra*, at p. 1018. Most recently, in *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737, the Ontario Court of Appeal held that the legislation which created the Chinese head tax provided a juristic reason which prevented recovery of the head tax in unjust

recouvrement. Il faut comprendre ici que ce domaine est en évolution et que d’autres précisions et innovations résulteront d’affaires ultérieures.

À mon avis, cette conception de l’analyse du motif juridique est compatible avec l’interprétation générale de l’enrichissement sans cause à laquelle la juge McLachlin a souscrit dans l’arrêt *Peel*, précité, lorsqu’elle a déclaré que les tribunaux doivent établir un équilibre entre l’approche traditionnelle fondée sur des « catégories », selon laquelle une demande de restitution ne sera accueillie que si elle entre dans une catégorie établie de recouvrement, et l’approche moderne « fondée sur des principes » qui consiste à appliquer des principes généraux pour déterminer la réparation à accorder. Comme l’a dit le professeur Smith, *loc. cit.*, cette conception est aussi généralement compatible avec celle de l’enrichissement injustifié que l’on trouve dans le droit civil du Québec (voir, par exemple, les art. 1493 et 1494 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64).

(ii) Application

En l’espèce, le seul motif juridique appartenant à une catégorie établie qui pourrait justifier l’enrichissement est l’existence des ordonnances de la CEO établissant la PPR, qui relèvent de la catégorie des « dispositions légales ». Toutefois, les ordonnances de la CEO ne constituent pas un motif juridique justifiant l’enrichissement étant donné qu’elles sont inopérantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec l’art. 347 du *Code criminel*. Le demandeur a donc établi une preuve *prima facie* de l’enrichissement sans cause.

Les dispositions légales forment une catégorie bien établie de motifs juridiques. Dans l’arrêt *Rathwell*, précité, le juge Dickson a donné comme exemples de motifs juridiques « un contrat ou une disposition légale » (p. 455). Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445 (« *Renvoi relatif à la TPS* »), le juge en chef Lamer a conclu qu’une loi valide est un motif juridique qui empêche le recouvrement pour enrichissement sans cause. Cette conclusion a été confirmée dans l’arrêt *Peter*, précité, p. 1018. Tout récemment, dans l’arrêt *Mack c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737, la Cour d’appel de

enrichment. In the leading Canadian text, *The Law of Restitution*, *supra*, McCamus and Maddaugh discuss the phrase “disposition of law” from *Rathwell*, *supra*, stating, at p. 46:

... it is perhaps self-evident that an unjust enrichment will not be established in any case where enrichment of the defendant at the plaintiff's expense is required by law.

It seems clear, then, that valid legislation can provide a juristic reason which bars recovery in restitution.

Consumers' Gas submits that the LPPs were authorized by the Board's rate orders which qualify as a disposition of law. It seems to me that this submission is predicated on the validity and operability of this scheme. The scheme has been challenged by the appellant on the basis that it conflicts with s. 347 of the *Criminal Code* and, as a result of the doctrine of paramountcy, is consequently inoperative. In the *GST Reference*, *supra*, Lamer C.J. held that legislation provides a juristic reason “unless the statute itself is *ultra vires*” (p. 477). Given that legislation that would have been *ultra vires* the province cannot provide a juristic reason, the same principle should apply if the provincial legislation is inoperative by virtue of the paramountcy doctrine. This position is contemplated by Borins J.A. in his dissent when he wrote, at para. 149:

In my view, it would be wrong to say that the rate orders do not provide [Consumers' Gas] with a defence under s. 18 of the *OEBA* because they have been rendered inoperative by the doctrine of federal paramountcy, and then to breathe life into them for the purpose of finding that they constitute a juristic reason for [Consumers' Gas's] enrichment.

As a result, the question of whether the statutory framework can serve as a juristic reason depends on whether the provision is held to be inoperative. If the

l'Ontario a statué que la loi obligeant les immigrants chinois à acquitter un droit d'entrée au pays constituait un motif juridique qui empêchait de recouvrer ce droit au moyen d'une action pour enrichissement sans cause. Dans le principal ouvrage canadien en la matière, *The Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 46, McCamus et Maddaugh analysent l'expression « disposition légale » tirée de l'arrêt *Rathwell*, précité :

[TRADUCTION] ... il va peut-être de soi que, dans tous les cas où la loi prescrit l'enrichissement du défendeur au détriment du demandeur, il n'y a pas d'enrichissement sans cause.

Il semble donc clair qu'une loi valide peut constituer un motif juridique qui empêche le recouvrement par voie de restitution.

Consumers' Gas soutient que les PPR étaient autorisées par les ordonnances tarifaires de la Commission qui constituent des dispositions légales. Il me semble que cet argument suppose que ce régime est valide et opérant. L'appelant a contesté la validité du régime en faisant valoir qu'il contrevient à l'art. 347 du *Code criminel* et qu'il est donc inopérant en raison de la règle de la prépondérance. Dans le *Renvoi relatif à la TPS*, précité, le juge en chef Lamer a statué que la loi constitue un motif juridique « à moins que [s]es dispositions elles-mêmes ne soient *ultra vires* » (p. 477). Étant donné qu'une loi qui excède la compétence de la province ne peut pas constituer un motif juridique, le même principe devrait s'appliquer dans le cas où la loi provinciale est inopérante en raison de la règle de la prépondérance. C'est le point de vue qu'exprime le juge Borins, dissident, lorsqu'il écrit, au par. 149 :

[TRADUCTION] À mon avis, on aurait tort d'affirmer que [Consumers' Gas] ne peut pas invoquer les ordonnances tarifaires comme moyen de défense en application de l'art. 18 de la *LCEO*, parce qu'elles sont inopérantes en raison de la règle de la prépondérance fédérale, pour ensuite leur redonner vie dans le but de conclure qu'elles constituent un motif juridique justifiant l'enrichissement de [Consumers' Gas].

Par conséquent, le cadre législatif pourra servir de motif juridique pourvu qu'il ne soit pas jugé inopérant. Si les ordonnances de la CEO sont

OEB orders are constitutionally valid and operative, they provide a juristic reason which bars recovery. Conversely, if the scheme is inoperative by virtue of a conflict with s. 347 of the *Criminal Code*, then a juristic reason is not present. In my view, the OEB rate orders are constitutionally inoperative to the extent of their conflict with s. 347 of the *Criminal Code*.

52 The OEB rate orders require the receipt of LPPs at what is often a criminal rate of interest. Such receipt is prohibited by s. 347 of the *Criminal Code*. Both the OEB rate orders and s. 347 of the *Criminal Code* are *intra vires* the level of government that enacted them. The rate orders are *intra vires* the province by virtue of s. 92(13) (property and civil rights) of the *Constitution Act, 1867*. Section 347 of the *Criminal Code* is *intra vires* the federal government by virtue of s. 91(19) (interest) and s. 91(27) (criminal law power).

53 It should be noted that the Board orders at issue did not require Consumers' Gas to collect the LPPs within a period of 38 days. One could then make the argument that this was not an express operational conflict. But to my mind this is somewhat artificial. I say this because at bottom it is a necessary implication of the OEB orders to require payment within this period. In that respect it should be treated as an express order for purposes of the paramountcy analysis. Consequently, there is an express operational conflict between the rate orders and s. 347 of the *Criminal Code* in that it is impossible for Consumers' Gas to comply with both provisions. Where there is an actual operational conflict, it is well settled that the provincial law is inoperative to the extent of the conflict (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961). As a result, the Board orders are constitutionally inoperative. Because the Board orders are constitutionally inoperative, they do not provide a juristic reason. It therefore falls to Consumers' Gas to show that there was a juristic reason for the enrichment

constitutionnelles et opérantes, elles constituent un motif juridique qui empêche le recouvrement. À l'inverse, si le régime est inopérant en raison de son incompatibilité avec l'art. 347 du *Code criminel*, il y a alors absence de motif juridique. À mon avis, les ordonnances tarifaires de la CEO sont inopérantes du point de vue constitutionnel dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'art. 347 du *Code criminel*.

Les ordonnances tarifaires de la CEO requièrent la perception de PPR qui, dans bien des cas, constituent des intérêts à un taux criminel. L'article 347 du *Code criminel* interdit la perception de tels intérêts. Les ordonnances tarifaires de la CEO et l'art. 347 du *Code criminel* sont conformes à la compétence de l'ordre de gouvernement qui les a édictés. Les ordonnances tarifaires sont conformes à la compétence de la province en vertu du par. 92(13) (propriété et droits civils) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 347 du *Code criminel* est conforme à la compétence fédérale en vertu des par. 91(19) (intérêts) et 91(27) (droit criminel).

Notons que les ordonnances de la Commission qui sont en cause n'obligent pas Consumers' Gas à percevoir la PPR dans un délai de 38 jours. On pourrait alors soutenir qu'il ne s'agissait pas d'un conflit d'application explicite. Toutefois, je considère que cet argument est quelque peu artificiel, et ce, parce qu'au fond les ordonnances de la CEO impliquent nécessairement que le paiement doit être fait dans ce délai. À cet égard, elles devraient être traitées comme des ordonnances explicites pour les besoins de l'analyse de la prépondérance. Par conséquent, il existe un conflit d'application explicite entre les ordonnances tarifaires et l'art. 347 du *Code criminel* en raison de l'impossibilité pour Consumers' Gas de se conformer aux deux en même temps. Lorsqu'il y a conflit d'application véritable, il est bien établi que la loi provinciale est inopérante dans la mesure de ce conflit (*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961). Par conséquent, les ordonnances de la Commission sont inopérantes du point de vue constitutionnel et ne constituent pas, de ce fait, un motif juridique. Pour réfuter la preuve *prima*

outside the established categories in order to rebut the *prima facie* case made out by the appellant.

The second stage of juristic reason analysis requires a consideration of reasonable expectations of the parties and public policy considerations.

When the reasonable expectations of the parties are considered, Consumers' Gas's submissions are at first blush compelling. Consumers' Gas submits, on the one hand, that late payers cannot have reasonably expected that there would be no penalty for failing to pay their bills on time and, on the other hand, that Consumers' Gas could reasonably have expected that the OEB would not authorize an LPP scheme that violated the *Criminal Code*. Because Consumers' Gas is operating in a regulated environment, its reliance on OEB orders should be given some weight. An inability to rely on such orders would make it very difficult, if not impossible, to operate in this environment. At this point, it should be pointed out that the reasonable expectation of the parties regarding LPPs is achieved by restricting the LPPs to the limit prescribed by s. 347 of the *Criminal Code* and also would be consistent with this Court's decision in *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, [2004] 1 S.C.R. 249, 2004 SCC 7.

Consumers' Gas's reliance on the orders would not provide a defence if it was charged under s. 347 of the *Criminal Code* because the orders are inoperative to the extent of their conflict with s. 347. However, its reliance on the orders is relevant in the context of determining the reasonable expectations of the parties in this second stage of the juristic reason analysis.

Finally, the overriding public policy consideration in this case is the fact that the LPPs were collected in contravention of the *Criminal Code*. As a matter of public policy, a criminal should not be permitted to keep the proceeds of his crime (*Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22, at para. 11;

facie de l'appelant, Consumers' Gas doit donc démontrer qu'un motif juridique n'appartenant pas aux catégories établies justifiait l'enrichissement.

La deuxième étape de l'analyse du motif juridique exige de tenir compte des attentes raisonnables des parties et des considérations d'intérêt public.

Quant aux attentes raisonnables des parties, l'argumentation de Consumers' Gas paraît de prime abord convaincante. Consumers' Gas fait valoir, d'une part, que les clients dont le compte était en souffrance ne pouvaient pas raisonnablement s'attendre à échapper à toute pénalité pour ne pas avoir payé leur facture à temps et, d'autre part, qu'elle-même pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la CEO refuse d'autoriser un régime de PPR qui enfreint le *Code criminel*. Étant donné que Consumers' Gas exerce ses activités dans un environnement réglementé, il y a lieu d'accorder du poids au fait qu'elle s'est fondée sur les ordonnances de la CEO. Si Consumers' Gas ne pouvait pas se fonder sur ces ordonnances, il lui serait très difficile, voire impossible, de fonctionner dans cet environnement. Il convient ici de souligner qu'il serait conforme aux attentes raisonnables des parties et à l'arrêt de notre Cour *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, [2004] 1 R.C.S. 249, 2004 CSC 7, que la PPR respecte la limite prescrite par l'art. 347 du *Code criminel*.

Si elle était accusée en vertu de l'art. 347 du *Code criminel*, Consumers' Gas ne pourrait pas invoquer les ordonnances de la CEO comme moyen de défense, étant donné qu'elles sont inopérantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'art. 347. Toutefois, dans le cadre de cette deuxième étape de l'analyse du motif juridique, le fait qu'elle se soit fondée sur ces ordonnances est pertinent pour déterminer les attentes raisonnables des parties.

Enfin, la considération d'intérêt public dominante en l'espèce est le fait que les PPR ont été perçues en contravention du *Code criminel*. Pour des raisons d'intérêt public, un criminel ne doit pas être autorisé à conserver le produit de son crime (*Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22, par. 11; *New Solutions*,

54

55

56

57

New Solutions, supra). Borins J.A. focussed on this public policy consideration in his dissent. He held that, in light of this Court's decision in *Garland No. 1*, allowing Consumers' Gas to retain the LPPs collected in violation of s. 347 would let Consumers' Gas profit from a crime and benefit from its own wrongdoing.

58 In weighing these considerations, from 1981-1994, Consumers' Gas's reliance on the inoperative OEB orders provides a juristic reason for the enrichment. As the parties have argued, there are three possible dates from which to measure the unjust enrichment: 1981, when s. 347 of the *Criminal Code* was enacted, 1994, when this action was commenced, and 1998, when this Court held in *Garland No. 1* that the LPPs were limited by s. 347 of the *Criminal Code*. For the period between 1981 and 1994, when the current action was commenced, there is no suggestion that Consumers' Gas was aware that the LPPs violated s. 347 of the *Criminal Code*. This mitigates in favour of Consumers' Gas during this period. The reliance of Consumers' Gas on the OEB orders, in the absence of actual or constructive notice that the orders were inoperative, is sufficient to provide a juristic reason for Consumers' Gas's enrichment during this first period.

59 However, in 1994, when this action was commenced, Consumers' Gas was put on notice of the serious possibility that it was violating the *Criminal Code* in charging the LPPs. This possibility became a reality when this Court held that the LPPs were in excess of the s. 347 limit. Consumers' Gas could have requested that the OEB alter its rate structure until the matter was adjudicated in order to ensure that it was not in violation of the *Criminal Code* or asked for contingency arrangements to be made. Its decision not to do this, as counsel for the appellant pointed out in oral submissions, was a "gamble". After the action was commenced and Consumers' Gas was put on notice that there was a serious possibility the LPPs violated the *Criminal Code*, it was no longer

précité). Dans ses motifs dissidents, le juge Borins a mis l'accent sur cette considération d'intérêt public. Il a estimé que, compte tenu de l'arrêt *Garland n° 1* de notre Cour, autoriser Consumers' Gas à conserver les PPR perçues en contravention de l'art. 347 reviendrait à lui permettre de tirer avantage d'un crime et de ses propres actes répréhensibles.

L'examen de ces considérations permet de conclure que le fait qu'à partir de 1981 jusqu'en 1994, Consumers' Gas se soit fondée sur les ordonnances inopérantes de la CEO est un motif juridique qui justifie l'enrichissement. Comme les parties l'ont fait valoir, l'enrichissement sans cause peut se calculer à partir de trois dates possibles : 1981, année au cours de laquelle l'art. 347 du *Code criminel* a été adopté; 1994, année au cours de laquelle la présente action a été intentée, et 1998, année pendant laquelle notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Garland n° 1*, que les PPR devaient respecter la limite prescrite par l'art. 347 du *Code criminel*. Quant à la période comprise entre 1981 et 1994, année pendant laquelle la présente action a été intentée, rien n'indique que Consumers' Gas savait que les PPR contrevenaient à l'art. 347 du *Code criminel*. Cela joue en faveur de Consumers' Gas en ce qui concerne cette période. Le fait que Consumers' Gas se soit fondée sur les ordonnances de la CEO, sans savoir véritablement ou vraisemblablement qu'elles étaient inopérantes, suffit pour qu'il y ait un motif juridique justifiant l'enrichissement pendant cette première période.

Cependant, au moment où l'action a été intentée en 1994, Consumers' Gas a été informée de la possibilité sérieuse que ses PPR contreviennent au *Code criminel*. Cette possibilité est devenue réalité lorsque notre Cour a conclu que les PPR excédaient la limite prescrite par l'art. 347. Consumers' Gas aurait pu demander à la CEO de modifier sa structure tarifaire en attendant le règlement de l'affaire afin de s'assurer qu'elle n'enfreignait pas le *Code criminel*, ou elle aurait pu solliciter des mesures d'urgence. Comme l'a souligné l'avocat de l'appelant dans sa plaidoirie, elle a pris un « risque » en s'abstenant de le faire. Après que l'action eut été intentée et qu'elle eut été informée de la possibilité sérieuse que les PPR contreviennent au *Code criminel*, Consumers' Gas ne pouvait plus raisonnablement se fonder sur

reasonable for Consumers' Gas to rely on the OEB rate orders to authorize the LPPs.

Moreover, once this Court held that LPPs were offside, for purposes of unjust enrichment, it is logical and fair to choose the date on which the action for redress commenced. Awarding restitution from 1981 would be unfair to the respondent since it was entitled to reasonably rely on the OEB orders until the commencement of this action in 1994. Awarding restitution from 1998 would be unfair to the appellant. This is because it would permit the respondent to retain LPPs collected in violation of s. 347 after 1994 when it was no longer reasonable for the respondent to have relied on the OEB orders and the respondent should be presumed to have known the LPPs violated the *Criminal Code*. Further, awarding restitution from 1998 would deviate from the general rule that monetary remedies like damages and interest are awarded as of the date of occurrence of the breach or as of the date of action rather than the date of judgment.

Awarding restitution from 1994 appropriately balances the respondent's reliance on the OEB orders from 1981-1994 with the appellant's expectation of recovery of monies that were charged in violation of the *Criminal Code* once the serious possibility that the OEB orders were inoperative had been raised. As a result, as of the date this action was commenced in 1994, it was no longer reasonable for Consumers' Gas to rely on the OEB orders to insulate them from liability in a civil action of this type for collecting LPPs in contravention of the *Criminal Code*. Thus, after the action was commenced in 1994, there was no longer a juristic reason for the enrichment of the respondent, so the appellant is entitled to restitution of the portion of monies paid to satisfy LPPs that exceeded an interest rate of 60 percent, as defined in s. 347 of the *Criminal Code*.

les ordonnances tarifaires de la CEO pour justifier les PPR.

En outre, puisque notre Cour a conclu à l'irrégularité des PPR, il est logique et juste, en ce qui a trait à l'enrichissement sans cause, de choisir la date à laquelle l'action visant à obtenir une réparation a débuté. Il serait inéquitable pour l'intimée d'ordonner la restitution à partir de 1981 étant donné qu'elle pouvait raisonnablement se fonder sur les ordonnances de la CEO jusqu'à l'introduction de la présente action en 1994. Il serait inéquitable pour l'appelant d'ordonner la restitution à partir de 1998, étant donné que l'intimée pourrait alors conserver les PPR perçues en contravention de l'art. 347 après 1994, alors qu'elle ne pouvait plus raisonnablement se fonder sur les ordonnances de la CEO et qu'il y a lieu de présumer qu'elle savait que les PPR contrevenaient au *Code criminel*. En outre, ordonner la restitution des PPR perçues depuis 1998 dérogerait à la règle générale selon laquelle les réparations pécuniaires, tels les dommages-intérêts, sont calculées à compter de la date de la contravention ou de la date de l'introduction de l'action, plutôt qu'à compter de la date du jugement.

La restitution à partir de 1994 établit un juste équilibre entre le fait que l'intimée se soit fondée sur les ordonnances de la CEO entre 1981 et 1994 et le fait que l'appelant s'attendait à recouvrer des sommes perçues en contravention du *Code Criminel* après qu'eut été soulevée la possibilité sérieuse que les ordonnances de la CEO soient inopérantes. Par conséquent, après l'introduction de la présente action en 1994, Consumers' Gas ne pouvait plus raisonnablement compter sur les ordonnances de la CEO pour échapper, dans le cadre d'une telle action civile, à la responsabilité résultant de la perception de PPR contrevenant au *Code criminel*. Ainsi, après l'introduction de l'action en 1994, plus aucun motif juridique ne justifiait l'enrichissement de l'intimée, de sorte que l'appelant a droit à la restitution des sommes versées pour acquitter les PPR qui représentaient un taux d'intérêt supérieur à la limite de 60 pour 100 prescrite par l'art. 347 du *Code criminel*.

B. Defences

62

Having held that the appellant's claim for unjust enrichment is made out for LPPs paid after 1994, it remains to be determined whether the respondent can avail itself of any defences raised. It is only necessary to consider the defences for the period after 1994, when the elements of unjust enrichment are made out, and thus I will not consider whether the defences would have applied if there had been unjust enrichment before 1994. I will address each defence in turn.

(a) Change of Position Defence

63

Even where the elements of unjust enrichment are made out, the remedy of restitution will be denied where an innocent defendant demonstrates that it has materially changed its position as a result of an enrichment such that it would be inequitable to require the benefit to be returned (*Storthoaks, supra*). In this case, the respondent says that any "benefit" it received from the unlawful charges was passed on to other customers in the form of lower gas delivery rates. Having "passed on" the benefit, it says, it should not be required to disgorge the amount of the benefit (a second time) to overcharged customers such as the appellant. The issue here, however, is not the ultimate destination within the regulatory system of an amount of money equivalent to the unlawful overcharges, nor is this case concerned with the net impact of these overcharges on the respondent's financial position. The issue is whether, as between the overcharging respondent and the overcharged appellant, the passing of the benefit on to other customers excuses the respondent of having overcharged the appellant.

64

The appellant submits that the defence of change of position is not available to a defendant who is a wrongdoer and that, since the respondent in this case was enriched by its own criminal misconduct, it should not be permitted to avail itself of the defence. I agree. The rationale for the change of position

B. Moyens de défense

Après avoir conclu que l'action pour enrichissement sans cause de l'appelant était fondée en ce qui concerne les PPR versées après 1994, il reste à déterminer si l'intimée peut invoquer l'un ou l'autre des moyens de défense soulevés. Il n'est nécessaire d'examiner ces moyens de défense qu'à l'égard de la période postérieure à 1994, au sujet de laquelle l'existence des éléments de l'enrichissement sans cause a été établie. Par conséquent, je ne me demanderai pas si les moyens de défense auraient pu être invoqués s'il y avait eu enrichissement sans cause avant 1994. J'examinerai ces moyens de défense l'un après l'autre.

a) Moyen de défense fondé sur le changement de situation

Même dans le cas où l'existence des éléments de l'enrichissement sans cause est établie, la restitution sera refusée si un défendeur innocent démontre qu'à la suite d'un enrichissement il a modifié sa situation à un point tel qu'il serait inéquitable de l'obliger à rendre l'avantage qu'il a reçu (*Storthoaks, précité*). Dans la présente affaire, l'intimée affirme que tout « avantage » qu'elle a tiré des frais illégaux a été transmis, sous forme de réduction des tarifs de livraison du gaz, aux autres clients. Elle prétend que, puisqu'elle a « transmis » l'avantage, elle ne devrait pas avoir à en restituer (une seconde fois) le montant aux clients comme l'appelant qui se sont vu infliger des frais excessifs. Toutefois, il ne s'agit pas de savoir où a abouti, en fin de compte, dans le système de réglementation, le montant d'argent résultant des frais excessifs, ni de connaître le résultat net que ces frais excessifs ont eu sur la situation financière de l'intimée. La question est de savoir si, du point de vue de l'intimée qui inflige ces frais et de l'appelant qui se les voit infliger, la transmission de l'avantage aux autres clients peut excuser l'intimée d'avoir infligé des frais excessifs à l'appelant.

L'appelant fait valoir qu'un défendeur fautif ne peut pas invoquer le moyen de défense fondé sur le changement de situation et que l'intimée ne peut pas invoquer ce moyen de défense en l'espèce étant donné qu'elle s'est enrichie grâce à sa propre inconduite criminelle. Je suis d'accord. Le moyen

defence appears to flow from considerations of equity. G. H. L. Fridman writes that “[o]ne situation which would appear to render it inequitable for the defendant to be required to disgorge a benefit received from the plaintiff in the absence of any wrongdoing on the part of the defendant would be if he has changed his position for the worse as a result of the receipt of the money in question” (*Restitution* (2nd ed. 1992), at p. 458). In the leading British case on the defence, *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 512 (H.L.), Lord Goff stated (at p. 533):

[I]t is right that we should ask ourselves: why do we feel that it would be unjust to allow restitution in cases such as these [where the defendant has changed his or her position]? The answer must be that, where an innocent defendant's position is so changed that he will suffer an injustice if called upon to repay or to repay in full, the injustice of requiring him so to repay outweighs the injustice of denying the plaintiff restitution.

If the change of position defence is intended to prevent injustice from occurring, the whole of the plaintiff's and defendant's conduct during the course of the transaction should be open to scrutiny in order to determine which party has a better claim. Where a defendant has obtained the enrichment through some wrongdoing of his own, he cannot then assert that it would be unjust to return the enrichment to the plaintiff. In this case, the respondent cannot avail itself of this defence because the LPPs were obtained in contravention of the *Criminal Code* and, as a result, it cannot be unjust for the respondent to have to return them.

Thus, the change of position defence does not help the respondent in this case. Even assuming that the respondent would have met the other requirements set out in *Storthoaks, supra*, the respondent cannot avail itself of the defence because it is not an “innocent” defendant given that the benefit was received as a result of a *Criminal Code* violation. It is not necessary, as a result, to discuss change of position in a comprehensive manner and I leave a

de défense fondé sur le changement de situation paraît reposer sur des considérations d'équité. G. H. L. Fridman écrit, dans *Restitution* (2^e éd. 1992), p. 458, qu'[TRADUCTION] « [u]n cas où il semblerait inéquitable d'obliger le défendeur à restituer l'avantage qu'il a reçu du demandeur sans accomplir quelque acte répréhensible serait celui où sa situation s'est détériorée à la suite de la réception de la somme d'argent en question ». Dans l'arrêt de principe britannique concernant ce moyen de défense, *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 512 (H.L.), lord Goff affirme (p. 533) :

[TRADUCTION] [I]l est juste que nous nous demandions pourquoi il nous semblerait inéquitable de permettre la restitution dans des cas comme ceux-là [lorsque le défendeur a modifié sa situation]. Il faut répondre que, lorsque la situation d'un défendeur innocent a changé à un point tel qu'il subirait une injustice si on l'obligeait à rembourser en partie ou en totalité ce qu'il a reçu, l'injustice qu'il subirait si on l'obligeait à effectuer ce remboursement l'emporte sur celle qui résulterait du refus d'ordonner la restitution au demandeur.

Si le moyen de défense fondé sur le changement de situation a pour objet d'éviter qu'une injustice soit causée, il doit alors être possible d'examiner attentivement l'ensemble de la conduite que le demandeur et le défendeur ont respectivement adoptée au cours de l'opération afin de décider lequel a la meilleure thèse. Le défendeur qui s'est enrichi en accomplissant des actes répréhensibles ne peut pas prétendre qu'il serait injuste de l'obliger à restituer au demandeur ce dont il s'est enrichi. En l'espèce, l'intimée ne peut pas invoquer ce moyen de défense parce que les PPR qu'elle a perçues contreviennent au *Code criminel* et, de ce fait, il ne peut pas être injuste de l'obliger à en restituer le montant.

Par conséquent, le moyen de défense fondé sur le changement de situation n'est d'aucun secours à l'intimée en l'espèce. Même en supposant qu'elle aurait satisfait aux autres exigences énoncées dans l'arrêt *Storthoaks*, précité, l'intimée ne peut pas invoquer ce moyen de défense parce qu'elle n'est pas un défendeur « innocent » du fait que la réception de l'avantage résulte d'une infraction au *Code criminel*. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à

fuller development of the other elements of this defence to future cases.

(b) Section 18/25 of the Ontario Energy Board Act

67

The respondent raises a statutory defence found formerly in s. 18 and presently in s. 25 of the 1998 *OEBA*. The former and the present sections are identical, and read:

An order of the Board is a good and sufficient defence to any proceeding brought or taken against any person in so far as the act or omission that is the subject of the proceeding is in accordance with the order.

I agree with McMurtry C.J.O. that this defence should be read down so as to exclude protection from civil liability damage arising out of *Criminal Code* violations. As a result, the defence does not apply in this case and we do not have to consider the constitutionality of the section.

68

McMurtry C.J.O. was correct in his holding that legislative provisions purporting to restrict a citizen's rights of action should attract strict construction (*Berardinelli, supra*). In this case, I again agree with McMurtry C.J.O. that the legislature could not reasonably be believed to have contemplated that an OEB order could mandate criminal conduct, despite the broad wording of the section. Section 18/25, thus, cannot provide a defence to an action for restitution arising from an OEB order authorizing criminal conduct. As a consequence, like McMurtry C.J.O., I find the argument on s. 18/25 to be unpersuasive.

69

Because I find that it could not have been the intention of the legislature to bar civil claims stemming from acts that offend the *Criminal Code*, on a strict construction, s. 18/25 cannot protect Consumers' Gas from these types of claims. If the

une analyse complète du changement de situation, et je reporte à une autre occasion le soin d'approfondir la question des autres éléments de ce moyen de défense.

b) Article 18/25 de la Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario

L'intimée invoque un moyen de défense prévu auparavant à l'art. 18 et maintenant à l'art. 25 de la *LCEO* de 1998. Les deux dispositions identiques sont ainsi rédigées :

Une ordonnance de la Commission constitue un moyen de défense valable à toute instance introduite contre qui que ce soit dans la mesure où l'acte ou l'omission qui en fait l'objet y est conforme.

Je suis d'accord avec le juge en chef McMurtry pour donner à ce moyen de défense une interprétation atténuée selon laquelle il n'offre aucune protection contre les actions en responsabilité civile découlant d'une infraction au *Code criminel*. En conséquence, le moyen de défense ne peut pas être invoqué en l'espèce et nous n'avons pas à examiner la constitutionnalité de la disposition qui le prévoit.

Le juge en chef McMurtry a eu raison de conclure qu'il y a lieu d'interpréter d'une manière restrictive les dispositions législatives censées restreindre les droits d'action des citoyens (*Berardinelli, précité*). Là encore, en l'espèce, je souscris à l'opinion du juge en chef McMurtry selon laquelle, malgré le libellé général de la disposition, il n'est pas raisonnable de croire que le législateur a prévu qu'une ordonnance de la CEO pourrait commander une conduite criminelle. L'article 18/25 ne peut donc pas servir de moyen de défense à l'encontre d'une action en restitution résultant d'une ordonnance de la CEO autorisant une conduite criminelle. Par conséquent, à l'instar du juge en chef McMurtry, j'estime non convaincant l'argument relatif à l'art. 18/25.

Étant donné que le législateur n'a pas pu, selon moi, avoir l'intention d'interdire les actions civiles découlant d'actes qui enfreignent le *Code criminel*, l'art. 18/25, interprété d'un manière restrictive, ne saurait protéger Consumers' Gas contre

provincial legislature had wanted to eliminate the possibility of such actions, it should have done so explicitly in the provision. In the absence of such explicit provision, s. 18/25 must be read so as to exclude from its protection civil actions arising from violations of the *Criminal Code* and thus does not provide a defence for the respondent in this case.

(c) Exclusive Jurisdiction and Collateral Attack

McMurtry C.J.O. was also correct in his holding that the OEB does not have exclusive jurisdiction over this dispute. While the dispute does involve rate orders, at its heart it is a private law matter under the competence of civil courts and consequently the Board does not have jurisdiction to order the remedy sought by the appellant.

In addition, McMurtry C.J.O. is correct in holding that this action does not constitute an impermissible collateral attack on the OEB's order. The doctrine of collateral attack prevents a party from undermining previous orders issued by a court or administrative tribunal (see *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), at pp. 369-70). Generally, it is invoked where the party is attempting to challenge the validity of a binding order in the wrong forum, in the sense that the validity of the order comes into question in separate proceedings when that party has not used the direct attack procedures that were open to it (i.e., appeal or judicial review). In *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599, this Court described the rule against collateral attack as follows:

It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked

ce type d'actions. Si le législateur provincial avait voulu écarter de tels recours, il aurait dû l'indiquer expressément dans la disposition. En l'absence d'une telle disposition expresse, il faut considérer que l'art. 18/25 n'offre aucune protection contre les actions civiles découlant d'une infraction au *Code criminel* et que l'intimée ne peut donc pas, en l'espèce, l'invoquer comme moyen de défense.

c) Compétence exclusive et contestation indirecte

Le juge en chef McMurtry a également eu raison de conclure que la CEO n'a pas compétence exclusive à l'égard du présent litige. Bien qu'il soit question d'ordonnances tarifaires, le litige porte principalement sur une question de droit privé qui relève de la compétence des tribunaux civils, de sorte que la Commission n'a pas le pouvoir d'ordonner la réparation sollicitée par l'appelant.

En outre, le juge en chef McMurtry a eu raison de décider que la présente action ne constitue pas une contestation indirecte inacceptable de l'ordonnance de la CEO. La règle interdisant les contestations indirectes empêche une partie d'attaquer les ordonnances antérieures d'un tribunal judiciaire ou administratif (voir l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), p. 369-370). En général, cette règle est invoquée lorsqu'une partie tente de contester la validité d'une ordonnance exécutoire devant un tribunal non compétent en la matière, c'est-à-dire lorsque la validité de l'ordonnance est contestée dans le cadre de procédures autres que celles dont cette partie disposait pour la contester directement (c.-à-d. l'appel ou le contrôle judiciaire). Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599, notre Cour a ainsi décrit la règle interdisant les contestations indirectes :

Selon un principe fondamental établi depuis longtemps, une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle

collaterally — and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

Based on a plain reading of this rule, the doctrine of collateral attack does not apply in this case because here the specific object of the appellant's action is not to invalidate or render inoperative the Board's orders, but rather to recover money that was illegally collected by the respondent as a result of Board orders. Consequently, the collateral attack doctrine does not apply.

72

Moreover, the appellant's case lacks other hallmarks of collateral attack. As McMurtry C.J.O. points out at para. 30 of his reasons, the collateral attack cases all involve a party, bound by an order, seeking to avoid the effect of that order by challenging its validity in the wrong forum. In this case, the appellant is not bound by the Board's orders, therefore the rationale behind the rule is not invoked. The fundamental policy behind the rule against collateral attack is to "maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice" (*R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 349). The idea is that if a party could avoid the consequences of an order issued against it by going to another forum, this would undermine the integrity of the justice system. Consequently, the doctrine is intended to prevent a party from circumventing the effect of a decision rendered against it.

73

In this case, the appellant is not the object of the orders and thus there can be no concern that he is seeking to avoid the orders by bringing this action. As a result, a threat to the integrity of the system does not exist because the appellant is not legally bound to follow the orders. Thus, this action does not appear, in fact, to be a collateral attack on the Board's orders.

ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'affirmation, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement.

Simplement en la lisant, on constate que la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas en l'espèce parce que l'action de l'appelant a pour objet précis non pas d'invalider ou de rendre inopérantes les ordonnances de la Commission, mais plutôt de recouvrer les sommes que l'intimée a perçues illégalement à la suite de ces ordonnances. Par conséquent, la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas.

Le cas de l'appelant ne comporte pas non plus d'autres caractéristiques de la contestation indirecte. Comme le souligne le juge en chef McMurtry, au par. 30 de ses motifs, dans tous les cas où il y a contestation indirecte, il y a une partie liée par une ordonnance qui tente d'éviter les effets de cette ordonnance en contestant la validité devant un tribunal non compétent en la matière. En l'espèce, l'appelant n'est pas lié par les ordonnances de la Commission, de sorte que la raison d'être de cette règle n'est pas en cause. La règle interdisant les contestations indirectes a pour objet fondamental de « maintenir la primauté du droit et [de] préserver la considération dont jouit l'administration de la justice » (*R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 349). On estime que l'intégrité du système de justice serait compromise si une partie pouvait échapper aux conséquences d'une ordonnance prononcée contre elle en s'adressant à un autre tribunal. La règle vise donc à empêcher une partie de contourner les effets d'une décision prononcée contre elle.

En l'espèce, l'appelant n'est pas visé par les ordonnances et il n'est donc pas question pour lui de chercher à s'y soustraire en intentant la présente action. Par conséquent, l'intégrité du système n'est pas compromise étant donné que l'appelant n'est pas légalement tenu de se conformer à ces ordonnances. Ainsi, la présente action ne paraît pas constituer, dans les faits, une contestation indirecte des ordonnances de la Commission.

(d) The Regulated Industries Defence

The respondent submits that it can avail itself of the “regulated industries defence” to bar recovery in restitution because an act authorized by a valid provincial regulatory scheme cannot be contrary to the public interest or an offence against the state and, as a result, the collection of LPPs pursuant to orders issued by the OEB cannot be considered to be contrary to the public interest and thus cannot be contrary to s. 347 of the *Criminal Code*.

Winkler J. held that the underlying purpose of the defence, regulation of monopolistic industries in order to ensure “just and reasonable” rates for consumers, would be served in the circumstances and as a result the defence would normally apply. However, because of the statutory language of s. 347, Winkler J. determined that the defence was not permitted in this case. He wrote, at para. 34, “[t]he defendant can point to no case which allows the defence unless the federal statute in question uses the word ‘unduly’ or the phrase ‘in the public interest’”. Absent such recognition in the statute of “public interest”, he held, no leeway for provincial exceptions exist.

I agree with the approach of Winkler J. The principle underlying the application of the defence is delineated in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 356:

When a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes.

Estey J. reached this conclusion after canvassing the cases in which the regulated industries defence had been applied. Those cases all involved conflict between federal competition law and a provincial regulatory scheme, but the application of the

d) Le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité

74

L'intimée soutient que, pour empêcher le recouvrement par voie de restitution, elle peut invoquer le « moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité » étant donné que l'acte autorisé par un régime de réglementation provincial valide ne peut pas être contraire à l'intérêt public ni constituer une infraction contre l'État, et qu'on ne peut donc pas considérer que la perception des PPR fondée sur les ordonnances de la CEO est contraire à l'intérêt public et, ainsi, contraire à l'art. 347 du *Code criminel*.

75

Le juge Winkler a estimé que l'objectif qui sous-tend le moyen de défense, à savoir la réglementation des activités monopolistiques destinée à assurer aux consommateurs une tarification [TRADUCTION] « juste et raisonnable », serait atteint dans les circonstances et qu'il était donc normalement possible d'invoquer le moyen. Cependant, en raison du libellé de l'art. 347, le juge Winkler a décidé que ce moyen ne pouvait pas être invoqué en l'espèce. Il a écrit ceci, au par. 34 : [TRADUCTION] « Le défendeur est incapable d'indiquer quelque décision où ce moyen de défense a pu être invoqué sans que les termes “indûment” ou “dans l'intérêt public” soient présents dans la loi fédérale en cause ». Sans une telle reconnaissance dans la loi d'« intérêt public », a-t-il conclu, il n'y a aucune marge de manœuvre qui permet à la loi provinciale de faire exception.

76

Je suis d'accord avec l'approche du juge Winkler. Le principe qui sous-tend la possibilité d'invoquer le moyen de défense est décrit dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 356 :

Chaque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit.

Le juge Estey est arrivé à cette conclusion après avoir étudié les affaires dans lesquelles le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité avait été invoqué. Dans tous les cas, il y avait conflit entre une loi fédérale en matière de concurrence

defence in those cases had to do with the particular wording of the statutes in question. While I cannot see a principled reason why the defence should not be broadened to apply to cases outside the area of competition law, its application should flow from the above enunciated principle.

77 Winkler J. was correct in concluding that, in order for the regulated industries defence to be available to the respondent, Parliament needed to have indicated, either expressly or by necessary implication, that s. 347 of the *Criminal Code* granted leeway to those acting pursuant to a valid provincial regulatory scheme. If there were any such indication, I would say that it should be interpreted, in keeping with the above principle, not to interfere with the provincial regulatory scheme. But s. 347 does not contain the required indication for exempting a provincial scheme.

78 This view is further supported by this Court's decision in *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55. In that case, the accused was charged with "knowingly" selling obscene material "without lawful justification or excuse" (para. 44). The accused argued that the Ontario Film Review Board had approved the videotapes, therefore it had a lawful justification or excuse. This Court considered whether approval by a provincial body could displace a criminal charge. Sopinka J., for the majority, held that in order to exempt acts taken pursuant to a provincial regulatory body from the reach of the criminal law, Parliament must unequivocally express this intention in the legislative provision in issue (at para. 118):

While Parliament has the authority to introduce dispensation or exemption from criminal law in determining what is and what is not criminal, and may do so by authorizing a provincial body or official acting under provincial legislation to issue licences and the like, an intent to do so must be made plain.

et un régime de réglementation provincial, mais la possibilité d'invoquer le moyen de défense tenait au libellé particulier des lois en question. Bien que je ne voie aucune raison logique de ne pas l'étendre aux affaires qui débordent le droit de la concurrence, il reste que la possibilité d'invoquer ce moyen de défense doit émaner du principe susmentionné.

Le juge Winkler a eu raison de conclure que, pour que l'intimée puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité, il aurait fallu que le législateur indique, soit expressément ou par déduction nécessaire, que l'art. 347 du *Code criminel* accorde la liberté de le faire à ceux qui agissent conformément à un régime de réglementation provincial valide. Si une telle indication avait été donnée, il faudrait, selon moi, l'interpréter conformément au principe susmentionné, c'est-à-dire de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec le régime de réglementation provincial. Cependant, l'art. 347 ne contient pas l'indication requise pour qu'un régime provincial échappe à son application.

Ce point de vue est également étayé par l'arrêt de notre Cour *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55. Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé d'avoir vendu « "sciemment" du matériel obscène "sans justification ni excuse légitime" » (par. 44). L'accusé a soutenu que la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario avait approuvé les vidéocassettes et qu'il avait donc une justification ou une excuse légitime. Notre Cour s'est demandé si l'approbation donnée par un organisme provincial permettait d'échapper à des accusations criminelles. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Sopinka a conclu que, si le législateur a l'intention de soustraire à l'application du droit criminel les actes autorisés par un organisme de réglementation provincial, il doit exprimer clairement cette intention dans la disposition législative en cause (par. 118) :

Bien que le Parlement ait le pouvoir d'introduire dans ses lois criminelles des dispenses ou des immunités en déterminant ce qui est et ce qui n'est pas criminel et qu'il puisse le faire en autorisant un organisme provincial, ou un fonctionnaire agissant en application d'une loi provinciale, à délivrer des permis ou des choses semblables, son intention de le faire doit être évidente.

The question of whether the regulated industries defence can apply to the respondent is actually a question of whether s. 347 of the *Criminal Code* can support the notion that a valid provincial regulatory scheme cannot be contrary to the public interest or an offence against the state. In the previous cases involving the regulated industries defence, the language of “the public interest” and “unduly” limiting competition has always been present. The absence of such language from s. 347 of the *Criminal Code* precludes the application of this defence in this case.

(e) *De Facto* Doctrine

Consumers' Gas submits that because it was acting pursuant to a disposition of law that was valid at the time — the Board orders — they should be exempt from liability by virtue of the *de facto* doctrine. This argument cannot succeed. Consumers' Gas is not a government official acting under colour of authority. While the respondent points to the Board orders as justification for its actions, this does not bring the respondent into the purview of the *de facto* doctrine because the case law does not support extending the doctrine's application beyond the acts of government officials. The underlying purpose of the doctrine is to preserve law and order and the authority of the government. These interests are not at stake in the instant litigation. As a result, Consumers' Gas cannot rely on the *de facto* doctrine to resist the plaintiff's claim.

Furthermore, the *de facto* doctrine attaches to government and its officials in order to protect and maintain the rule of law and the authority of government. An extension of the doctrine to a private corporation that is simply regulated by a government authority is not supported by the case law and in my view does not further the underlying purpose of the doctrine. In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court held, at p. 756, that:

79

La question de savoir si l'intimée peut invoquer le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité revient, en fait, à se demander si l'art. 347 du *Code criminel* peut étayer l'idée qu'un régime de réglementation provincial valide ne peut pas être contraire à l'intérêt public ni constituer une infraction contre l'État. Dans la jurisprudence où le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité a été invoqué, les termes « l'intérêt public » et limiter « indûment » la concurrence étaient toujours présents. L'absence de ces termes à l'art. 347 du *Code criminel* empêche d'invoquer ce moyen de défense en l'espèce.

e) Le principe de la validité *de facto*

80

Consumers' Gas soutient que, puisqu'elle agissait en vertu de dispositions légales valides à l'époque, à savoir les ordonnances de la Commission, elle devrait être exonérée de toute responsabilité en application du principe de la validité *de facto*. Cet argument ne saurait être retenu. Consumers' Gas n'est pas un fonctionnaire qui agit avec une apparence d'autorité. Bien que l'intimée indique que les ordonnances de la Commission justifient ses actes, le principe de la validité *de facto* ne s'applique pas pour autant à elle étant donné que la jurisprudence ne favorise pas l'application du principe à d'autres actes que ceux des fonctionnaires. Le principe a pour objet fondamental d'assurer le respect de la loi et de l'ordre ainsi que de l'autorité du gouvernement, lesquels ne sont pas en cause dans la présente affaire. Par conséquent, Consumers' Gas ne peut invoquer le principe de la validité *de facto* pour s'opposer à l'action du demandeur.

81

En outre, le principe de la validité *de facto* s'applique au gouvernement et à ses fonctionnaires afin de protéger et de maintenir la primauté du droit et l'autorité du gouvernement. L'application du principe à une société privée simplement réglementée par un organisme gouvernemental n'est pas étayée par la jurisprudence et ne favorise pas, selon moi, la réalisation de son objet fondamental. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 756, notre Cour a statué :

There is only one true condition precedent to the application of the doctrine: the *de facto* officer must occupy his or her office under colour of authority.

It cannot be said that Consumers' Gas was a *de facto* officer acting under colour of authority when it charged LPPs to customers. Consumers' Gas is a private corporation acting in a regulatory context, not an officer vested with some sort of authority. When charging LPPs, Consumers' Gas is engaging in commerce, not issuing a permit or passing a by-law.

- 82 In rejecting the application of the *de facto* doctrine here, I am cognizant of the passage in *Reference re Manitoba Language Rights*, at p. 757, cited by the intervener Toronto Hydro and which, at first glance, appears to imply that the *de facto* doctrine might apply to private corporations:

... the *de facto* doctrine will save those rights, obligations and other effects which have arisen out of actions performed pursuant to invalid Acts of the Manitoba Legislature by public and private bodies corporate, courts, judges, persons exercising statutory powers and public officials. [Emphasis added.]

- 83 While this passage appears to indicate that "private bodies corporate" are protected by the doctrine, it must be read in the context of the entire judgment. Earlier, at p. 755, the Court referred to the writings of Judge A. Constantineau in *The De Facto Doctrine* (1910), at pp. 3-4. The following excerpt from that passage is relevant:

The de facto doctrine is a rule or principle of law which . . . recognizes the existence of, and protects from collateral attack, public or private bodies corporate, which, though irregularly or illegally organized, yet, under color of law, openly exercise the powers and functions of regularly created bodies . . . [Emphasis added.]

In this passage, I think it is clear that the Court's reference to "private bodies corporate" is limited to issues affecting the creation of the corporation, for example where a corporation was incorporated under an invalid statute. It does not suggest that the

Il n'y a qu'une seule vraie condition préalable à l'application de ce principe : l'officier *de facto* doit occuper sa charge sous apparence d'autorité.

On ne saurait affirmer que Consumers' Gas était un officier *de facto* agissant avec une apparence d'autorité lorsqu'elle infligeait des PPR à ses clients. Consumers' Gas est une société privée agissant dans un cadre réglementaire, et non un fonctionnaire investi de quelque forme d'autorité. Lorsqu'elle inflige des PPR, Consumers' Gas effectue une opération commerciale et ne se trouve pas à délivrer un permis ou à adopter un règlement.

En refusant d'appliquer le principe de la validité *de facto* en l'espèce, je suis conscient du passage tiré de la p. 757 du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, que l'intervenante Toronto Hydro a cité et qui, à première vue, semble indiquer que le principe de la validité *de facto* pourrait s'appliquer aux sociétés privées :

... le principe de la validité *de facto* permettra de sauver les droits, obligations et autres effets ayant découlé des actes accomplis, conformément à des lois invalides du Manitoba, par des corps publics ou privés, des tribunaux, des juges, des personnes exerçant des pouvoirs légaux et des officiers publics. [Je souligne.]

Bien qu'il paraisse indiquer que le principe protège les « corps privés », ce passage doit être interprété en fonction de l'ensemble du jugement. Plus tôt, à la p. 755, la Cour mentionne un passage tiré des p. 3-4 de l'ouvrage du juge A. Constantineau, intitulé *The De Facto Doctrine* (1910). L'extrait suivant de ce passage est pertinent :

[TRADUCTION] Le principe de la validité *de facto* est une règle ou un principe de droit qui [...] reconnaît l'existence, les protégeant d'une contestation indirecte, des corps publics ou privés qui, bien qu'irrégulièrement ou illégalement constitués, sous apparence de légalité, exercent ouvertement les pouvoirs et fonctions des corps régulièrement constitués . . . [Je souligne.]

À mon avis, il est clair, dans ce passage, que la Cour ne mentionne les « corps privés » qu'en ce qui concerne les questions touchant à la constitution de la société, par exemple, lorsqu'une société a été constituée en vertu d'une loi invalide. Ce passage

acts of the corporation are shielded from liability by virtue of the *de facto* doctrine.

This view finds further support in the following passage from the judgment (at p. 755):

That the foundation of the principle is the more fundamental principle of the rule of law is clearly stated by Constantineau in the following passage (at pp. 5-6):

Again, the doctrine is necessary to maintain the supremacy of the law and to preserve peace and order in the community at large, since any other rule would lead to such uncertainty and confusion, as to break up the order and quiet of all civil administration. Indeed, if any individual or body of individuals were permitted, at his or their pleasure, to challenge the authority of and refuse obedience to the government of the state and the numerous functionaries through whom it exercises its various powers, or refuse to recognize municipal bodies and their officers, on the ground of irregular existence or defective titles, insubordination and disorder of the worst kind would be encouraged, which might at any time culminate in anarchy.

The underlying purpose of the doctrine is to preserve law and order and the authority of the government. These interests are not at stake in the instant litigation. In sum, I find no merit in Consumers' Gas's argument that the *de facto* doctrine shields it from liability and as a result this doctrine should not be a bar to the appellant's recovery.

C. Other Orders Requested

(a) Preservation Order

The appellant, Garland, requests an "Amax-type" preservation order on the basis that the LPPs continue to be collected at a criminal rate during the pendency of this action, and these payments would never have been made but for the delays inherent in litigation (*Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576). In my view, however, a preservation order is not appropriate in this case. Consumers' Gas has now ceased to collect the LPPs at a criminal rate. As a result, if a preservation order were made, there would be no future

n'indique pas que les actes d'une telle société n'engagent pas sa responsabilité en vertu du principe de la validité *de facto*.

Ce point de vue trouve également appui dans l'extrait suivant de l'arrêt (p. 755) :

Le juge Constantineau dit clairement que ce principe a pour fondement le principe supérieur de la primauté du droit (aux pp. 5 et 6) :

[TRADUCTION] Ici encore, le principe est nécessaire au maintien de la primauté du droit et à la préservation de la paix et de l'ordre dans la société en général, car toute autre règle susciterait une incertitude et une confusion de nature à anéantir l'ordre et la tranquillité de toute administration civile. D'ailleurs, si un individu ou un groupe d'individus étaient autorisés, selon leur bon plaisir, à contester l'autorité de l'État et des divers fonctionnaires par lesquels il exerce ses nombreux pouvoirs, et à refuser de leur obéir, ou à refuser de reconnaître les corps municipaux et leurs officiers, en raison de leur existence irrégulière ou pour vice de titres, l'insubordination et le désordre les plus graves seraient encouragés, ce qui, à tout moment, pourrait conduire à l'anarchie.

Ce principe a pour objet fondamental d'assurer le respect de la loi et de l'ordre ainsi que de l'autorité du gouvernement, lesquels ne sont pas en cause dans la présente affaire. Somme toute, je considère non fondé l'argument de Consumers' Gas selon lequel le principe de la validité *de facto* l'exonère de toute responsabilité. Par conséquent, ce principe ne doit pas empêcher l'appelant de recouvrer les sommes en cause.

C. *Les autres ordonnances sollicitées*

a) Ordonnance de conservation

L'appelant Garland sollicite une ordonnance de conservation de « type Amax » pour le motif que les PPR à un taux criminel continuent d'être perçues pendant la présente instance et que, n'eût été les délais inhérents au litige, les sommes en question n'auraient jamais été payées (*Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576). J'estime toutefois qu'il ne convient pas de prononcer une ordonnance de conservation en l'espèce. Consumers' Gas ne perçoit plus des PPR à un taux criminel. Par conséquent, si une ordonnance de

LPPs to which it could attach. Even with respect to the LPPs paid between 1994 and the present, to which such an order could attach, a preservation order should not be granted for three further reasons: (1) such an order would serve no practical purpose, (2) the appellant has not satisfied the criteria in the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, and (3) *Amax* can be distinguished from this case.

86 First, the appellant has not alleged that Consumers' Gas is an impecunious defendant or that there is any other reason to believe that Consumers' Gas would not satisfy a judgment against it. Even if there were some reason to believe that Consumers' Gas would not satisfy such a judgment, an *Amax*-type order allows the defendant to spend the monies being held in the ordinary course of business — no actual fund would be created. So the only thing that a preservation order would achieve would be to prevent Consumers' Gas from spending the money earned from the LPPs in a non-ordinary manner (for example, such as moving it off-shore) which the appellant has not alleged is likely to occur absent the order.

87 Second, the respondent submits that by seeking a preservation order the appellant is attempting to avoid Rule 45.02 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, the only source of jurisdiction in Ontario to make a preservation order. The *Rules of Civil Procedure* apply to class proceedings and do not permit such an order in these circumstances. Rule 45.02 provides that, “[w]here the right of a party to a specific fund is in question, the court may order the fund to be paid into court or otherwise secured on such terms as are just” (emphasis added). The respondent submits that the appellant is not in fact claiming a specific fund here. In the absence of submissions by the appellant on this issue, I am of the view that the appellant has not satisfied the criteria set out in the Ontario *Rules of Civil Procedure* and that this Court could refuse to grant the order requested on this basis.

conservation était prononcée, elle ne pourrait s'appliquer à aucune autre PPR versée par la suite. Même en ce qui concerne les PPR versées depuis 1994, auxquelles elle pourrait s'appliquer, il n'y a pas lieu de prononcer une ordonnance de conservation pour trois autres raisons : (1) cette ordonnance ne serait d'aucune utilité, (2) l'appelant n'a pas satisfait aux critères énoncés dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, règl. 194, et (3) l'affaire *Amax* peut être distinguée de celle dont nous sommes saisis en l'espèce.

Premièrement, l'appelant n'a pas allégué que Consumers' Gas est une défenderesse démunie ou qu'il existe une autre raison de croire qu'elle n'exécuterait pas un jugement rendu contre elle. Même s'il existait quelque raison de croire que Consumers' Gas n'exécuterait pas un tel jugement, une ordonnance de type *Amax* permet au défendeur de dépenser les sommes d'argent détenues dans le cours normal de ses affaires, de sorte qu'aucun véritable fonds ne serait créé. Une ordonnance de conservation aurait donc pour seul effet d'empêcher Consumers' Gas de dépenser les sommes tirées d'une manière anormale des PPR (en les transférant à l'étranger, par exemple); toutefois, l'appelant n'a pas allégué qu'une telle situation pourrait se présenter si l'ordonnance n'était pas rendue.

Deuxièmement, l'intimée fait valoir qu'en sollicitant une ordonnance de conservation, l'appelant tente de contourner la règle 45.02 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, qui est la seule disposition habilitante en matière d'ordonnance de conservation en Ontario. Les *Règles de procédure civile* s'appliquent aux recours collectifs et ne permettent pas de prononcer une telle ordonnance dans ces circonstances. La règle 45.02 prévoit que « [s]i le droit d'une partie à un fonds déterminé est mis en cause, le tribunal peut ordonner que ce fonds soit consigné au tribunal ou garanti d'une autre façon, à des conditions justes » (je souligne). L'intimée soutient qu'en fait l'appelant ne réclame pas un fonds déterminé en l'espèce. Comme l'appelant n'a avancé aucun argument à ce sujet, je suis d'avis qu'il n'a pas satisfait aux critères énoncés dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario et que notre Cour pouvait, de ce fait, refuser l'ordonnance sollicitée.

Finally, the appellant's use of *Amax*, *supra*, as authority for the type of order sought is without merit. The appellant has cited the judgment very selectively. The portion of the judgment the appellant cites in his written submissions reads in full (at p. 598):

Apart from the Rules this Court has the discretion to make an order as requested by appellants directing the Province of Saskatchewan to hold, as stakeholder, such sums as are paid by the appellants pursuant to the impugned legislation but with the right to use such sums in the interim for Provincial purposes, and with the obligation to repay them with interest in the event the legislation is ultimately held to be *ultra vires*. Such an order, however, would be novel, in giving the stakeholder the right to spend the moneys at stake, and I cannot see that it would serve any practical purpose. [Emphasis added.]

The Court in *Amax* went on to refuse to make the order. So while the appellant is right that the Court in *Amax* failed to reject the hypothetical possibility of making such an order in the future, it seems to me that in this case, as in *Amax*, such an order would serve no practical purpose. For these reasons, I find there is no basis for making a preservation order in this case.

(b) Declaration That the LPPs Need Not Be Paid

The appellant also seeks a declaration that the LPPs need not be paid. Given that the respondent asserts that the LPP is no longer charged at a criminal rate, issuing such a declaration would serve no practical purpose and as a result such a declaration should not be made.

(c) Costs

The appellant is entitled to his costs throughout. This should be understood to mean that, regardless of the outcome of any future litigation, the appellant is entitled to his costs in the proceedings leading up to and including *Garland No. 1* and this appeal. In addition, in oral submissions counsel for the Law Foundation of Ontario made the point that in order to reduce costs in future class actions, "litigation by installments", as occurred in this case, should be

88

Enfin, le recours de l'appelant à larrêt *Amax*, précité, pour justifier le type d'ordonnance sollicité n'est pas fondé. L'appelant a cité cet arrêt de manière très sélective. Dans sa version intégrale, la partie de l'arrêt que l'appelant cite dans ses observations écrites est ainsi rédigée (p. 598) :

Indépendamment de ces règles, cette Cour a le pouvoir discrétionnaire de prononcer une ordonnance, comme le demandent les appelantes, qui enjoindrait à la province de la Saskatchewan de détenir à titre de dépositaire, les sommes versées par les appelantes en conformité de la loi contestée, tout en ayant le droit de les utiliser à des fins provinciales, mais avec l'obligation de les rembourser avec intérêts au cas où la loi serait déclarée *ultra vires*. Toutefois, il s'agirait là d'une ordonnance inusitée en ce qu'elle autoriserait le dépositaire à dépenser les sommes d'argent en jeu; et je ne vois pas alors en quoi cette ordonnance pourrait être utile. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Amax*, la Cour a refusé de prononcer l'ordonnance sollicitée. Donc, bien que l'appelant ait raison d'affirmer que, dans cet arrêt, la Cour n'a pas écarté la possibilité de prononcer une telle ordonnance à l'avenir, il me semble qu'en l'espèce, comme dans l'affaire *Amax*, une telle ordonnance ne serait d'aucune utilité. Pour ces motifs, j'estime que rien ne justifie de prononcer une ordonnance de conservation en l'espèce.

b) Jugement déclarant qu'il n'est pas nécessaire de payer les PPR

89

L'appelant sollicite aussi un jugement déclarant qu'il n'est pas nécessaire de payer les PPR. Étant donné que l'intimée affirme qu'elle ne perçoit plus des PPR à un taux criminel, un tel jugement déclaratoire ne serait d'aucune utilité et, par conséquent, il n'y a pas lieu de le rendre.

c) Dépens

90

L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours. Cela signifie qu'indépendamment de l'issue de tout litige ultérieur il a droit à ses dépens relatifs au pourvoi *Garland n° 1* et au présent pourvoi, y compris ceux relatifs aux procédures qui ont abouti à ces deux pourvois. En outre, dans sa plaidoirie, l'avocat de la Fondation du droit de l'Ontario a fait valoir qu'afin de réduire les dépens relatifs aux futurs recours collectifs, les [TRADUCTION]

avoided. I agree. On this issue, I endorse the comments of McMurtry C.J.O., at para. 76 of his reasons:

In this context, I note that the protracted history of these proceedings cast some doubt on the wisdom of hearing a case in instalments, as was done here. Before employing an instalment approach, it should be considered whether there is potential for such a procedure to result in multiple rounds of proceedings through various levels of court. Such an eventuality is to be avoided where possible, as it does little service to the parties or to the efficient administration of justice.

VI. Disposition

91

For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and substitute therefor an order that Consumers' Gas repay LPPs collected from the appellant in excess of the interest limit stipulated in s. 347 after the action was commenced in 1994 in an amount to be determined by the trial judge.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: McGowan Elliott & Kim, Toronto.

Solicitors for the respondent: Aird & Berlis, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener Toronto Hydro-Electric System Limited: Ogilvy Renault, Toronto.

Solicitor for the intervener the Law Foundation of Ontario: Mark M. Orkin, Toronto.

« procès en plusieurs épisodes » comme celui qui s'est déroulé en l'espèce doivent être évités. Je suis d'accord. À ce propos, je fais miens les commentaires du juge en chef McMurtry, au par. 76 de ses motifs :

[TRADUCTION] Dans ce contexte, je souligne que la longue durée de cette instance jette un certain doute sur la sagesse d'instruire une affaire par épisodes, comme cela a été fait en l'espèce. Avant d'adopter une méthode d'instruction par épisodes, il y a lieu de se demander si cette façon de procéder est susceptible de causer une multiplication de procédures devant différentes instances. Une telle situation doit être évitée autant que possible, car il n'est guère dans l'intérêt des parties ou de l'administration efficace de la justice qu'elle survienne.

VI. Dispositif

Pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'annuler larrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et d'y substituer une ordonnance enjoignant à Consumers' Gas de rembourser à l'appelant, selon le montant fixé par le juge de première instance, les sommes qu'il a versées, après l'introduction de l'instance en 1994, pour acquitter les PPR qui représentaient un taux d'intérêt supérieur à la limite prescrite par l'art. 347.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : McGowan Elliott & Kim, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Aird & Berlis, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante Toronto Hydro-Electric System Limited : Ogilvy Renault, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Fondation du droit de l'Ontario : Mark M. Orkin, Toronto.

*Solicitors for the intervener Union Gas Limited:
Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Union Gas Limited :
Torys, Toronto.*

Executive Director of the British Columbia Securities Commission Appellant

v.

Robert Arthur Hartvikson and Blayne Barry Johnson Respondents

and

Ontario Securities Commission Intervener

INDEXED AS: CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE)

Neutral citation: 2004 SCC 26.

File No.: 29472.

2003: November 7; 2004: April 22.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Securities Commission — Commission imposing maximum administrative penalty — Standard of review applicable to Commission's decision — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418.

Securities — Securities Commission — Enforcement — Administrative penalty — Principles Commission must consider in imposing administrative penalty in public interest — General deterrence — Commission imposing maximum administrative penalty against two securities brokers for breach of prospectus requirement — Whether general deterrence appropriate factor in assessing penalty in public interest — Whether Commission must consider settlement agreements entered into by its Executive Director with other brokers in assessing sanctions — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 162.

Securities — Securities Commission — Appeal of Commission decision — Commission imposing maximum

Directeur général de la British Columbia Securities Commission Appellant

c.

Robert Arthur Hartvikson et Blayne Barry Johnson Intimés

et

Commission des valeurs mobilières de l'Ontario Intervenante

RÉPERTORIÉ : CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE)

Référence neutre : 2004 CSC 26.

Nº du greffe : 29472.

2003 : 7 novembre; 2004 : 22 avril.

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

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

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission des valeurs mobilières — Imposition de la sanction administrative maximale par la Commission — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commission — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418.

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières — Application de la loi — Sanction administrative — Principes à prendre en compte par la Commission pour l'imposition de sanctions administratives d'intérêt public — Dissuasion générale — Imposition par la Commission de la sanction administrative maximale à deux courtiers en valeurs mobilières pour ne pas avoir respecté l'obligation de prospectus — La dissuasion générale constitue-t-elle un facteur pertinent pour la détermination d'une pénalité qui est dans l'intérêt public? — Pour déterminer les sanctions, la Commission doit-elle tenir compte des règlements amiables conclus par son directeur général avec d'autres courtiers? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 162.

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières — Appel de la décision de la Commission —

administrative penalty against two securities brokers for breach of prospectus requirement — Whether Court of Appeal erred in reducing penalty — Whether penalty matter should have been referred back to Commission — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 167(3).

Practice — Parties — Substitution of party.

The respondents orchestrated the purchase of C Corp. and funnelled some mining claims into it through a shelf company. Without disclosing to investors the material change in C Corp.'s business to a mining exploration firm, they entered into a private placement, which they split among friends and other brokers of a registered investment firm. Following an investigation, a notice of hearing before the B.C. Securities Commission was issued against the respondents, the other brokers involved and the firm with respect to their conduct in relation to C Corp. Prior to the conclusion of the hearing, the firm and the other brokers entered into settlement agreements with the Executive Director, but none was reached with the respondents. The Commission found that the respondents had breached the prospectus requirement of the B.C. *Securities Act* (s. 61) by splitting the private placement, and thereby relying on a prospectus exemption to which they were not entitled. The Commission further found that it was in the public interest to impose the maximum administrative penalty of \$100,000 under s. 162 of the Act. The majority of the Court of Appeal held that the imposition of the maximum penalty for the breach of s. 61 was unreasonable in the circumstances and substituted a penalty of \$10,000 each for the respondents.

Held: The appeal should be allowed and the Commission's order restored.

The balance of factors in the pragmatic and functional analysis pointed towards the reasonableness standard of review and away from the more exacting standard of correctness. The focus should be on the reasonableness of the decision or the order, not on whether it was a tolerable deviation from a preferred outcome. The reviewing court must ask whether there was a rational basis for the Commission's decision in light of the statutory framework and the circumstances.

The Commission's interpretation of s. 162 of the *Securities Act* was reasonable. Section 162 is triggered

Imposition par la Commission de la sanction administrative maximale à deux courtiers en valeurs mobilières pour ne pas avoir respecté l'obligation de prospectus — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant la pénalité? — La question de la pénalité aurait-elle dû être renvoyée à la Commission? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 167(3).

Pratique — Parties — Substitution de partie.

Les intimés ont orchestré l'achat de la société C et y ont transféré des claims miniers par l'entremise d'une société commerciale inactive. Sans divulguer aux investisseurs le changement important intervenu dans les activités commerciales de la société C, soit sa transformation en société d'exploration minière, ils ont conclu un placement privé, dont ils se sont partagé les titres avec des amis et d'autres employés d'une société de placement inscrite. Après enquête, un avis d'audience devant la British Columbia Securities Commission a été envoyé aux intimés, aux autres courtiers et à la société au sujet de leur conduite à l'égard de la société C. Avant la fin de l'audience, la société et les autres courtiers ont conclu des règlements amiables avec le directeur général, ce qui n'était pas le cas des intimés. La Commission a conclu que les intimés n'avaient pas respecté l'obligation de prospectus prévue par la *Securities Act* de la Colombie-Britannique (art. 61), en partageant les titres du placement privé, pour se prévaloir ainsi d'une dispense de prospectus à laquelle ils n'avaient pas droit. Elle a en outre conclu que l'intérêt public demandait d'imposer l'amende maximale de 100 000 \$ prévue à l'art. 162 de la Loi. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont estimé que l'imposition de la pénalité maximale pour violation de l'art. 61 était déraisonnable eu égard aux circonstances et y ont substitué une pénalité de 10 000 \$ chacun pour les intimés.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Commission est rétablie.

La pondération des divers facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle tend à faire conclure à l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable, plutôt que de la norme de contrôle plus exigeante de la décision correcte. Il faut s'attacher à l'examen du caractère raisonnable de la décision ou de l'ordonnance, non à la question de savoir si celle-ci s'écarte de manière acceptable d'un résultat préférable. La cour de révision doit se demander s'il existe un fondement rationnel à la décision de la Commission au regard du cadre législatif et des circonstances de l'espèce.

L'interprétation donnée par la Commission à l'art. 162 de la *Securities Act* est raisonnable. La violation de

by a breach of the Act and, in formulating an order that protects the public interest, the Commission may take into account the context surrounding the breach. General deterrence is an appropriate factor to consider, albeit not the only one, in formulating a penalty in the public interest. Since general deterrence is both prospective and preventative in orientation, it falls squarely within the public interest jurisdiction of securities commissions to maintain investor confidence in the capital markets. The weight given to general deterrence will vary from case to case and is a matter within the discretion of the Commission. Protecting the public interest will require a different remedial emphasis according to the circumstances. Courts should review the order globally to determine whether it is reasonable. No one factor should be considered in isolation because to do so would skew the textured and nuanced evaluation conducted by the Commission in crafting an order in the public interest. Here, the imposition of the maximum penalty was rationally connected to the respondents' conduct globally. The Commission weighed the aggravating and mitigating factors and determined the appropriate penalty. The respondents were the primary movers behind the control group's deceitful conduct. They were the leading players in breaching s. 61 of the Act. It does not appear on the face of the Commission's reasons for making the order under s. 162 that it gave unreasonable weight to general deterrence. While settlement agreements between the Executive Director and the other brokers were a relevant factor, they were not dispositive or binding on the Commission, particularly where the conduct of the respondents and the other brokers is missing the required parity. The respondents' deceitful conduct and leadership roles justified the imposition of a higher penalty than that imposed on their confederates. Accordingly, the Court of Appeal erred in holding that the Commission's order was unreasonable.

Had the Commission's order been unreasonable, it would have been unnecessary for the Court of Appeal to refer the question of appropriate sanctions back to the Commission. Section 167(3) of the Act is permissive and, on an ordinary construction, its wording would permit the Court of Appeal to direct the Commission to order a particular penalty. The Court of Appeal may also itself substitute the appropriate penalty pursuant to s. 9(8)(b) of the *Court of Appeal Act*.

While the Commission itself appeared as a party in the courts below, the Executive Director was properly

la Loi donne lieu à l'application de l'art. 162 et, dans la formulation d'une ordonnance qui protège l'intérêt public, la Commission peut tenir compte du contexte de l'infraction. La dissuasion générale représente un facteur pertinent, parmi d'autres, pour l'établissement d'une pénalité dans l'intérêt public. Comme la dissuasion générale remplit une fonction à la fois prospective et préventive, elle relève clairement de la fonction de protection de l'intérêt public des commissions des valeurs mobilières, qui vise à préserver la confiance des investisseurs dans le fonctionnement des marchés de capitaux. Le poids à donner à la dissuasion générale variera d'une affaire à l'autre et relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission. La protection de l'intérêt public exige que l'on priviliege des mesures de réparation susceptibles de varier selon les circonstances. Les tribunaux doivent examiner l'ordonnance dans son ensemble pour vérifier son caractère raisonnable. Aucun facteur ne peut être pris en considération isolément. Une telle méthode fausserait l'évaluation détaillée et nuancée qui s'impose à la Commission pour concevoir une ordonnance qui soit dans l'intérêt public. En l'espèce, il existe un lien rationnel entre l'imposition de la pénalité maximale et la conduite des intimés appréciée globalement. La Commission a mis en balance les facteurs aggravants et les facteurs atténuants et déterminé la peine appropriée. Les intimés ont été les principaux initiateurs du comportement dolosif du groupe de contrôle. Ils ont joué un rôle moteur dans la violation de l'art. 61 de la Loi. Au vu des motifs fondant son ordonnance en vertu de l'art. 162, la Commission ne paraît pas avoir accordé une importance déraisonnable à la dissuasion générale. Malgré leur pertinence, les règlements amiables entre le directeur général et les autres courtiers ne constituent pas des facteurs déterminants et ne lient pas la Commission, particulièrement lorsque la conduite des intimés et celle des autres courtiers ne s'avèrent pas comparables. Le comportement dolosif et le rôle de leader des intimés justifient l'imposition d'une pénalité plus lourde que pour leurs acolytes. Par conséquent, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'ordonnance de la Commission est déraisonnable.

Si l'ordonnance de la Commission avait été déraisonnable, il n'aurait pas été nécessaire que la Cour d'appel renvoie à la Commission la question des peines appropriées. Le paragraphe 167(3) est facultatif et, selon une interprétation normale, son libellé permettrait à la Cour d'appel d'enjoindre à la Commission d'infliger une peine en particulier. La Cour d'appel peut aussi, elle-même, substituer la pénalité appropriée en vertu de l'al. 9(8)b) de la *Court of Appeal Act*.

Bien que la Commission elle-même ait comparu comme partie à l'instance, le directeur général est une

substituted as a party in this Court under Rule 18(5) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*. The Executive Director merely sought to comply with a recent decision of the B.C. Court of Appeal which held that the Executive Director is the proper party on an interlocutory appeal on the merits of a procedural decision by the Commission. The substitution did not cause the respondents prejudice.

Cases Cited

Considered: *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37; **referred to:** *British Columbia (Securities Commission) v. Pacific International Securities Inc.* (2002), 2 B.C.L.R. (4th) 114, 2002 BCCA 421; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 CSC 20; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39; *R. v. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18; *United States v. Matthews*, 787 F.2d 38 (1986); *Hretchka v. Attorney General of British Columbia*, [1972] S.C.R. 119.

Statutes and Regulations Cited

Court of Appeal Act, R.S.B.C. 1996, c. 77, s. 9(8)(b).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(1), 18(5).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 1(1), 61 [rep. & sub. 1999, c. 20, s. 15], 74(2)(4), 161 [am. *idem*, s. 29], 162, 167.
Securities Rules, B.C. Reg. 194/97, s. 44(1), 66.

Authors Cited

Ashworth, Andrew. *Sentencing and Criminal Justice*, 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2003.
 Canada. Canadian Sentencing Commission. Report. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, 1987.
Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. XII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "preventive".
 Posner, Richard A. "An Economic Theory of the Criminal Law" (1985), 85 *Colum. L. Rev.* 1193.
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1999.

partie dûment substituée sous le régime du par. 18(5) des *Règles de la Cour suprême du Canada*. Il a simplement cherché à se conformer à une décision récente de la Cour d'appel de la C.-B. selon laquelle le directeur général a qualité pour agir comme partie dans un appel interlocatoire quant au bien-fondé d'une décision procédurale de la Commission. Les intimés n'ont subi aucun préjudice du fait de la substitution.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Liée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37; **arrêts mentionnés :** *British Columbia (Securities Commission) c. Pacific International Securities Inc.* (2002), 2 B.C.L.R. (4th) 114, 2002 BCCA 421; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39; *R. c. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18; *United States c. Matthews*, 787 F.2d 38 (1986); *Hretchka c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1972] R.C.S. 119.

Lois et règlements cités

Court of Appeal Act, R.S.B.C. 1996, ch. 77, art. 9(8)b).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 8(1), 18(5).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 1(1), 61 [abr. & rempl. 1999, ch. 20, art. 15], 74(2)(4), 161 [mod. *idem*, art. 29], 162, 167.
Securities Rules, B.C. Reg. 194/97, art. 44(1), 66.

Doctrine citée

Ashworth, Andrew. *Sentencing and Criminal Justice*, 3rd ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2003.
 Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. Rapport. *Réformer la sentence : une approche canadienne*. Ottawa : La Commission, 1987.
Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « préventif ».
 Posner, Richard A. « An Economic Theory of the Criminal Law » (1985), 85 *Colum. L. Rev.* 1193.

Ryan, Russell G. "Securities Enforcement: Civil Penalties in SEC Enforcement Cases: A Rising Tide" (2003), 17 *Insights* 17.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 218 D.L.R. (4th) 470, 173 B.C.A.C. 235, [2002] B.C.J. No. 2115 (QL), 2002 BCCA 461, varying a decision of the British Columbia Securities Commission. Appeal allowed.

James A. Angus, Patricia A. Taylor and Joseph A. Bernardo, for the appellant.

Mark L. Skwarok and Stephen M. Zolnay, for the respondents.

Jay L. Naster, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Background

¹ In the autumn of 1994, a group of securities brokers, including Robert Hartvikson and Blayne Johnson, banded together to make a quick profit. They orchestrated the purchase of Cartaway Resources Corporation ("Cartaway") and funnelled some mining claims into Cartaway through a shelf company. Without disclosing to investors the material change in Cartaway's business to a mining exploration firm, they entered into a private placement, which they split among friends and other employees of First Marathon Securities Limited ("First Marathon").

² The British Columbia Securities Commission (the "Commission") found that Hartvikson and Johnson had breached s. 61 of the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418 (the "Act") — the prospectus requirement — by splitting the private placement, and thereby relying on a prospectus exemption to which they were not entitled. The Commission

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 5th ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Ryan, Russell G. « Securities Enforcement : Civil Penalties in SEC Enforcement Cases : A Rising Tide » (2003), 17 *Insights* 17.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 218 D.L.R. (4th) 470, 173 B.C.A.C. 235, [2002] B.C.J. No. 2115 (QL), 2002 BCCA 461, qui a modifié une décision de la British Columbia Securities Commission. Pourvoi accueilli.

James A. Angus, Patricia A. Taylor et Joseph A. Bernardo, pour l'appelant.

Mark L. Skwarok et Stephen M. Zolnay, pour les intimés.

Jay L. Naster, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Le contexte

À l'automne 1994, un groupe de courtiers en valeurs mobilières, parmi lesquels se trouvaient MM. Robert Hartvikson et Blayne Johnson, se forma en vue de réaliser un bénéfice rapide. Les membres de ce groupe ont orchestré l'achat de Cartaway Resources Corporation (« Cartaway ») et y ont transféré des claims miniers par l'entremise d'une société commerciale inactive. Sans divulguer aux investisseurs le changement important intervenu dans les activités commerciales de Cartaway, soit sa transformation en société d'exploration minière, ils ont conclu un placement privé dont ils se sont partagé les titres avec des amis et d'autres employés de la Société de valeurs First Marathon Limitée (« First Marathon »).

La Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique (la « Commission ») a conclu que MM. Hartvikson et Johnson avaient violé l'art. 61 de la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418 (la « Loi ») — l'obligation de prospectus —, en partageant de cette manière les titres du placement privé, pour se prévaloir ainsi d'une dispense

further found that it was in the public interest to impose the maximum financial penalty of \$100,000 under s. 162 of the Act. On this appeal, we are not concerned with Hartvikson and Johnson's other dealings.

The Executive Director of the Commission appeals a decision of the British Columbia Court of Appeal that reduced the amount of an administrative penalty imposed by the Commission under s. 162 of the Act. The principal issues on appeal were: (1) what is the correct standard of review of the Commission's interpretation of s. 162 of the Act and its order; (2) whether general deterrence is an appropriate factor in assessing a penalty that is in the public interest; and (3) whether the Commission must consider settlement agreements entered into by the Executive Director in assessing sanctions under the Act.

The correct standard of review in this case is reasonableness. In my opinion, general deterrence is an appropriate factor in formulating a penalty in the public interest. General deterrence is both prospective and preventative in orientation. As such, it falls squarely within the public interest jurisdiction of securities commissions to maintain investor confidence in the capital markets.

On the facts of this case, the imposition of the maximum penalty is rationally connected to the conduct of Hartvikson and Johnson globally. Section 162 of the Act is triggered by a breach of the Act, but in formulating an order that protects the public interest, the Commission may take into account the context surrounding the breach. While settlement agreements between the Executive Director and the other brokers are a relevant factor, they are not dispositive or binding on the Commission, particularly where the conduct of the respondents and the other brokers is missing the required parity. In this case, Hartvikson and Johnson's deceitful conduct and leadership roles justified the imposition of a higher penalty than that imposed on their confederates. I

de prospectus à laquelle ils n'avaient pas droit. Elle a en outre conclu que l'intérêt public demandait d'imposer l'amende maximale de 100 000 \$ prévue à l'art. 162 de la Loi. Le présent pourvoi ne porte pas sur les autres opérations de MM. Hartvikson et Johnson.

Le directeur général de la Commission se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de réduire le montant de l'amende imposée par la Commission en vertu de l'art. 162 de la Loi. Cet appel soulève principalement les questions suivantes : (1) quelle norme de contrôle s'applique à l'ordonnance de la Commission et à son interprétation de l'art. 162 de la Loi? (2) la dissuasion générale constitue-t-elle un facteur pertinent pour la détermination d'une pénalité qui est dans l'intérêt public? (3) pour déterminer la sanction applicable en vertu de la Loi, la Commission doit-elle tenir compte des règlements amiables conclus par le directeur général?

La norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique en l'espèce. À mon avis, la dissuasion générale représente un facteur pertinent pour l'établissement d'une pénalité dans l'intérêt public. La dissuasion générale remplit une fonction à la fois prospective et préventive. À ce titre, elle relève clairement de la fonction de protection de l'intérêt public des commissions des valeurs mobilières, qui vise à préserver la confiance des investisseurs dans le fonctionnement des marchés de capitaux.

D'après les faits de l'espèce, il existe un lien rationnel entre l'imposition de la pénalité maximale et la conduite de MM. Hartvikson et Johnson appréciée globalement. Si la violation de la loi donne lieu à l'application de l'art. 162, dans la formulation d'une ordonnance qui protège l'intérêt public, la Commission peut toutefois tenir compte du contexte de l'infraction. Malgré leur pertinence, les règlements amiables entre le directeur général et les autres courtiers ne constituent pas des facteurs déterminants et ne lient pas la Commission, particulièrement lorsque la conduite des intimés et celle des autres courtiers ne s'avèrent pas comparables. En l'espèce, le comportement dolosif et le rôle de leader de MM. Hartvikson et Johnson justifient

3

4

5

therefore conclude that the \$100,000 fine was reasonable in all the circumstances.

6 Consequently, I would allow the appeal with costs, and reinstate the Commission's order.

II. Facts

7 In the summer of 1994, Christopher Stuart and Larry Birchall were seeking to purchase a shell company trading on the Vancouver stock exchange. Both were employees of First Marathon — a member of the Vancouver, Alberta and Toronto stock exchanges, and a registered investment dealer under the Act. A shell company would be used to vend in other businesses, allowing them access to the capital markets without having to go through the slower process of an initial public offering.

8 In October 1994, Hartvikson and Johnson, with six other brokers from First Marathon, acquired a controlling block of shares in Cartaway, which was then a small company in the business of licensing garbage containers in Kelowna, British Columbia. The control group included Hartvikson, Johnson, Robert Disbrow, David Lyall, Eric Savics, and Stuart. This control group acquired Cartaway.

9 In the spring of 1995, Voisey's Bay in Labrador was the location of a staking rush resulting from the discovery of considerable nickel, cobalt and copper deposits. In April 1995, the respondents were presented with an opportunity to purchase some mining claims in the Voisey's Bay area. The vendor wanted \$300,000 and 1.2 million free-trading shares in exchange for the claims. On April 5, an oral agreement to purchase the claims was reached. The respondents used a shelf company, 489895 B.C. Ltd., for the purpose of warehousing the various mining claims they were pursuing.

10 In the meantime, after the oral agreement was made, and without disclosing to the market the

l'imposition d'une pénalité plus lourde que pour leurs acolytes. Je conclus donc que l'amende de 100 000 \$ est raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir l'ordonnance de la Commission.

II. Les faits

À l'été 1994, Christopher Stuart et Larry Birchall cherchaient à acquérir une société inactive cotée à la Bourse de Vancouver. Tous deux travaillaient pour First Marathon, qui appartenait elle-même aux bourses de Vancouver, de l'Alberta et de Toronto, et était inscrite à titre de maison de courtage de valeurs mobilières sous le régime de la Loi. Grâce à l'utilisation du véhicule d'une société inactive pour y transférer d'autres entreprises, ils pouvaient accéder aux marchés de capitaux, en évitant la procédure plus lente exigée à l'égard d'un premier appel public à l'épargne.

En octobre 1994, MM. Hartvikson et Johnson, avec six autres courtiers de First Marathon, se sont portés acquéreurs d'un bloc de contrôle d'actions de Cartaway, qui était à l'époque une petite entreprise de concession de licences de bennes à ordures à Kelowna, en Colombie-Britannique. Le groupe de contrôle, formé de MM. Hartvikson, Johnson, Robert Disbrow, David Lyall, Eric Savics et M. Stuart, a donc réalisé l'acquisition de Cartaway.

Au printemps 1995, Voisey's Bay, au Labrador, a fait l'objet d'une ruée au jalonnement après la découverte d'importants gisements de nickel, de cobalt et de cuivre. En avril 1995, les intimés se sont vu offrir la possibilité d'acquérir des claims miniers dans la région de Voisey's Bay. Le vendeur demandait pour ces claims 300 000 \$ et 1,2 million d'actions librement négociables. Le 5 avril, une entente verbale d'acquisition des claims est intervenue. Les intimés ont utilisé une société inactive, 489895 B.C. Ltd., à titre de détentrice des claims miniers qui les intéressaient.

Entre-temps, après l'entente verbale, sans divulguer au marché l'acquisition des claims et

effective acquisition of the claims and the change in business of the company, Cartaway raised money to finance the acquisition through a brokered private placement on May 5, 1995. First Marathon acted as agent for the offering. Over 82 per cent of the units were placed with the control group or with their friends. The seven million unit placement was priced at \$0.125 per unit. When Cartaway announced the closing of the placement it indicated that \$875,000 had been raised, and would go towards undetermined future acquisitions.

The purchasers of the units under the private placement relied on an exemption from the normal prospectus requirements provided by s. 74(2)(4) of the Act, which allows a person to purchase as principal more than \$97,000 worth of shares. The respondents, along with some of the other members of the control group, split the exemption by purchasing shares for other employees who did not individually meet the \$97,000 requirement. The respondents relied on a legal opinion that this splitting was acceptable.

In June 1995, Cartaway completed the purchase of the Voisey's Bay claims through the acquisition of all the outstanding shares of the shelf company, 489895 B.C. Ltd., and became the owner of the claims. On June 29, 1995, Cartaway announced the change in its business to a natural resource exploration firm, and that it was making an "arm's length" acquisition of the Voisey's Bay claims. Cartaway then proceeded with another private placement for \$1 per share purchase warrant, which closed on July 11, 1995. The offering memorandum for this private placement failed to disclose the respondents' acquisition of the mining claims, the extent of the control group's holdings or any conflicts of interest.

The investigation into Cartaway was triggered by events that took place almost a year later. On May 8, 1996, Cartaway announced that it had found significant mineralization on the Voisey's Bay

le changement dans les activités de la société, Cartaway a réuni des fonds pour financer l'acquisition au moyen d'un placement privé par l'intermédiaire d'un courtier, le 5 mai 1995. First Marathon a agi comme mandataire à l'égard de la notice d'offre. Plus de 82 pour 100 des unités ont été placées auprès du groupe de contrôle ou de ses amis. Les sept millions d'unités du placement ont été offertes en vente sur le marché au prix de 0,125 \$ chacune. Lorsque Cartaway a annoncé la clôture du placement, elle a indiqué que 875 000 \$ avaient été recueillis et que cette somme servirait à des acquisitions futures indéterminées.

Les acquéreurs des unités du placement privé se sont prévalu de la dispense du prospectus normalement exigé qui est prévue au par. 74(2)(4) de la Loi. Cette disposition autorise, en effet, l'acquisition pour son propre compte d'actions d'une valeur supérieure à 97 000 \$. Les intimés, ainsi que d'autres membres du groupe de contrôle, ont en fait réparti la dispense en acquérant des actions pour le compte d'autres employés qui, individuellement, ne remplissaient pas la condition relative à la valeur minimale de 97 000 \$. Les intimés se sont appuyés sur un avis juridique qui estimait acceptable cette division des titres.

En juin 1995, Cartaway a terminé l'achat des claims de Voisey's Bay en acquérant toutes les actions en circulation de la société inactive, 489895 B.C. Ltd., devenant ainsi propriétaire des claims. Le 29 juin 1995, elle a annoncé qu'elle modifiait ses activités pour devenir une firme d'exploration de ressources naturelles et qu'elle acquérait « sans lien de dépendance » les claims de Voisey's Bay. Cartaway a ensuite effectué un autre placement privé, au prix de 1 \$ le bon de souscription d'actions, dont la clôture a eu lieu le 11 juillet 1995. La notice d'offre établie à l'égard de ce placement privé ne mentionnait pas l'acquisition des claims miniers par les intimés, de l'étendue du portefeuille du groupe de contrôle ou de l'existence de conflits d'intérêts.

L'enquête visant Cartaway a été déclenchée par des événements survenus presque un an plus tard. Le 8 mai 1996, se fondant sur une inspection visuelle d'échantillons de forage, Cartaway

11

12

13

claims based on a visual inspection of drilling samples. The share price jumped dramatically to \$23, but later fell below \$1 when an analysis of the samples failed to confirm these findings. Hartvikson and Johnson reaped in total \$5.1 million in profits by trading Cartaway shares.

- 14 The proceedings against Hartvikson, Johnson, Disbrow, Savics, Lyall, Stuart and First Marathon were commenced on July 17, 1998 when a notice of hearing was issued against them with respect to their conduct in relation to Cartaway.

A. *The Role Played by Hartvikson and Johnson*

- 15 The Commission found that Hartvikson and Johnson were "control persons" of Cartaway under s. 1(1) of the Act. They and the six other First Marathon brokers constituted a combination of persons who acted in concert, by virtue of an agreement, and who held a sufficient number of shares to affect materially control of Cartaway.

- 16 The First Marathon brokers acquired a 45.6 per cent stake in Cartaway from the existing control group for \$294,000 under a share purchase agreement on October 3, 1994. This agreement provided that all current directors and officers of Cartaway would resign and would vote to appoint new directors and officers designated by the new control group. Following the acquisition of a control block of Cartaway shares, the control group's common purpose was to change Cartaway's business by vending a new business venture into the company, replace its management, and finance the operation through First Marathon. Hartvikson and Johnson breached s. 61 of the Act — the prospectus requirement — when they purchased Cartaway shares in the \$0.125 private placement by splitting these shares with other First Marathon employees who did not individually qualify for the \$97,000 prospectus exemption.

a annoncé qu'elle avait découvert une importante minéralisation sur les claims de Voisey's Bay. Le prix de l'action a bondi de façon spectaculaire pour s'établir à 23 \$, mais il est ensuite retombé à moins de 1 \$ lorsqu'une analyse des échantillons n'a pas permis de confirmer ces conclusions. MM. Hartvikson et Johnson ont réalisé au total un profit de 5,1 millions de dollars en négociant les actions de Cartaway.

Les poursuites contre MM. Hartvikson, Johnson, Disbrow, Savics, Lyall, Stuart et First Marathon ont été intentées le 17 juillet 1998 par l'envoi d'un avis les informant de la tenue d'une audience portant sur leur rôle à l'égard de Cartaway.

A. *Le rôle joué par MM. Hartvikson et Johnson*

La Commission a conclu que MM. Hartvikson et Johnson étaient les [TRADUCTION] « personnes qui ont le contrôle » de Cartaway aux termes du par. 1(1) de la Loi. Avec les six autres courtiers de First Marathon, ils formaient un groupe de personnes qui, agissant de concert aux termes d'une entente, détenait un nombre suffisant d'actions pour exercer une influence significative sur le contrôle de Cartaway.

Le 3 octobre 1994, aux termes d'une convention d'achat d'actions, les courtiers de First Marathon ont acquis du groupe de contrôle existant une participation de 45,6 pour 100 dans Cartaway pour 294 000 \$. Selon cette convention, tous les administrateurs et dirigeants de Cartaway en poste démissionneraient et éliraient de nouveaux administrateurs et dirigeants désignés par le nouveau groupe de contrôle. Après l'acquisition d'un bloc de contrôle d'actions de Cartaway, le groupe de contrôle avait pour objectif commun de modifier les activités de Cartaway en lui faisant acquérir une nouvelle entreprise, de remplacer ses gestionnaires et de financer l'opération par l'intermédiaire de First Marathon. MM. Hartvikson et Johnson ont violé l'art. 61 de la Loi — l'obligation de prospectus — lorsqu'ils ont acquis les actions de Cartaway dans le cadre du placement privé de 0,125 \$ en les partageant avec d'autres employés de First Marathon qui, individuellement, ne remplissaient pas la condition relative à la valeur minimale de 97 000 \$, qui donnait droit à la dispense de prospectus.

When Hartvikson and Johnson were presented with an opportunity to acquire mineral claims on April 4, 1995, the control group's common purpose became to acquire these and other Voisey's Bay claims, and to vend these claims into Cartaway and to conduct a large area plan. The control group would acquire a substantial number of shares prior to the public disclosure of Cartaway's acquisition of the claim, and before the \$1 private placement was announced.

By buying control of Cartaway and then continuing to act as brokers and principals in the sale of Cartaway's shares, they put themselves in a conflict of interest with their duties to their clients and Cartaway. Hartvikson and Johnson did nothing to resolve these conflicts. They acted in their own interests contrary to the interest of their clients and Cartaway. Further, by purchasing the shares in a private placement prior to the disclosure of the acquisition of mineral claims, and then selling the shares to their clients at a higher price after the announcement of the acquisition of the claims, they acted contrary to the interests of their clients. They ensured that the investors in the private placement, and not their clients, would earn a higher return on the investment in Cartaway. They took unfair advantage of their positions as registrants, and engaged in conduct that seriously undermined the public confidence in the fairness of the capital markets. Consequently, they acted contrary to the public interest.

The Commission found that Hartvikson and Johnson were the driving force behind the reorganization of Cartaway. Consequently, as control persons, they were undisclosed promoters under s. 1(1) of the Act and acted as undisclosed *de facto* directors of Cartaway. The Commission held that they should have disclosed their status as directors in the June 23, 1995 offering memorandum and the November 3, 1995 prospectus.

Hartvikson and Johnson were the primary movers in achieving the control group's unlawful purpose. They targeted Cartaway. They decided to pursue the Voisey's Bay claims. They made the deal with

Lorsque MM. Hartvikson et Johnson se sont vu offrir la possibilité d'acheter des claims miniers, le 4 avril 1995, l'objectif commun du groupe de contrôle a été d'acheter ces claims et d'autres claims de Voisey's Bay, de les vendre à Cartaway et de planifier des activités sur un plus grand territoire. Le groupe de contrôle voulait acquérir un nombre important d'actions avant que l'acquisition des claims par Cartaway ne soit divulguée publiquement et que le placement privé de 1 \$ ne soit annoncé.

En prenant le contrôle de Cartaway et en continuant d'agir comme courtiers et mandants dans la vente des actions de Cartaway, MM. Hartvikson et Johnson se sont eux-mêmes placés en situation de conflit d'intérêts à l'égard de leurs obligations envers leurs clients et Cartaway. Ils n'ont rien fait pour résoudre ces conflits. Ils ont agi dans leur propre intérêt et à l'encontre de celui de leurs clients et de Cartaway. En outre, en acquérant les actions dans le cadre d'un placement privé avant la divulgation de l'acquisition des claims miniers pour ensuite les vendre plus cher à leurs clients après l'annonce de l'acquisition des claims, ils ont agi à l'encontre des intérêts de ceux-ci. De cette façon, ils ont fait en sorte que les investisseurs dans le placement privé, et non leurs clients, obtiennent un meilleur rendement sur leur investissement dans Cartaway. Ils ont tiré un avantage indû de leur position de courtier inscrit, et leur conduite a gravement miné la confiance du public dans l'équité des marchés de capitaux. Ils ont donc agi de façon contraire à l'intérêt public.

La Commission a estimé que MM. Hartvikson et Johnson étaient les âmes dirigeantes de la réorganisation de Cartaway. Par conséquent, en tant que personnes ayant le contrôle, ils devenaient des promoteurs anonymes au sens du par. 1(1) de la Loi et agissaient à titre d'administrateurs de fait anonymes de Cartaway. La Commission a conclu qu'ils auraient dû divulguer leur statut d'administrateur dans la notice d'offre du 23 juin 1995 et dans le prospectus du 3 novembre 1995.

MM. Hartvikson et Johnson ont été les principaux initiateurs de la réalisation de l'objectif illicite du groupe de contrôle. Ils ont ciblé Cartaway, planifié l'acquisition des claims de Voisey's Bay, conclu

17

18

19

20

the vendor of the claims. They funded the expenses related to the claims. They arranged the share swap with the vendor of the claims. From April 5, 1995 onward, Hartvikson and Johnson, with Stuart's approval, made all of Cartaway's business decisions. They gave notice to the Exchange to set the price for the \$0.125 private placement. They found new management for Cartaway. With Lyall, they placed most of the \$1 private placement. Hartvikson and Johnson decided when Cartaway disclosed material information. They gave instructions on draft agreements, news releases and Cartaway's name change.

B. *The Settlement Agreements*

- 21 First Marathon, Disbrow, Savics, Lyall and Stuart entered into settlement agreements with the Executive Director prior to the conclusion of the hearing.
- 22 First Marathon settled with the Executive Director on January 29, 1999. It admitted to contravening s. 44(1) of the *Securities Rules*, B.C. Reg. 194/97 (the "Rules"). It also admitted that it failed to ensure the proper supervision of its employees, and that it inadequately addressed the conflict of interests among its Vancouver brokers. Consequently, First Marathon agreed to pay \$50,000 in costs to the Commission, and to donate \$450,000 to the Mineral Deposit Research Fund at the University of British Columbia. First Marathon had settled earlier with the Toronto Stock Exchange ("TSE") for \$3.5 million in fines.

- 23 Disbrow also settled with the Executive Director on January 29, 1999. He admitted to breaching s. 66 of the Rules by inadequately supervising Hartvikson, Johnson, Lyall and Savics. Disbrow had earlier agreed with the TSE to a permanent suspension in certain supervisory capacities as an exchange member, a three-month suspension from employment in any capacity by a TSE member, and the payment of a \$110,000 fine.

l'entente avec le vendeur des claims, financé les dépenses relatives à ces derniers et pris les dispositions nécessaires pour l'échange des actions avec le vendeur des claims. À compter du 5 avril 1995, avec le consentement de M. Stuart, ils ont pris toutes les décisions d'affaires concernant Cartaway. Ils ont demandé à la Bourse de fixer le prix du placement privé de 0,125 \$. Ils ont trouvé une nouvelle équipe de direction pour Cartaway. Ils ont placé auprès de M. Lyall la majorité des actions du placement privé de 1 \$. Ils ont décidé du moment où Cartaway divulguerait les renseignements importants. Ils ont donné des directives quant aux projets d'accord, aux communiqués et au changement de nom de Cartaway.

B. *Les règlements amiables*

First Marathon et MM. Disbrow, Savics, Lyall et Stuart ont conclu des règlements amiables avec le directeur général avant la fin de l'audience.

First Marathon est parvenue à un règlement amiable avec le directeur général le 29 janvier 1999. Elle a admis avoir violé le par. 44(1) des *Securities Rules*, B.C. Reg. 194/97 (le « Règlement »). Elle a aussi reconnu ne pas avoir surveillé ses employés de manière satisfaisante et ne pas avoir réglé adéquatement la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouvaient ses courtiers de Vancouver. Elle a donc consenti à verser des frais de 50 000 \$ à la Commission et à effectuer un don de 450 000 \$ au Mineral Deposit Research Fund de l'Université de la Colombie-Britannique. First Marathon s'était antérieurement entendue avec la Bourse de Toronto sur le versement d'une amende de 3,5 millions de dollars.

M. Disbrow est aussi parvenu à une entente avec le directeur général le 29 janvier 1999. Il a admis avoir violé l'art. 66 du Règlement en ne surveillant pas adéquatement MM. Hartvikson, Johnson, Lyall et Savics. M. Disbrow s'était antérieurement entendu avec la Bourse de Toronto sur la suppression permanente de certains de ses pouvoirs de surveillance en tant que membre de la Bourse, l'impossibilité d'occuper un emploi, quel qu'il soit, chez un membre de la Bourse de Toronto pendant trois mois et le versement d'une amende de 110 000 \$.

Both Lyall and Savics agreed to settle with the Executive Director on April 9, 1999. They admitted to facilitating a breach of s. 61 of the Act by splitting the \$0.125 private placement with persons who did not qualify under the claimed exemption. They admitted that they ought to have known that Hartvikson and Johnson's involvement as Cartaway promoters was a conflict of interest that they failed to bring to the attention of the appropriate First Marathon personnel. They each undertook to pay \$25,000 to the Commission and to comply with the Act and Rules, and with First Marathon's Employee Investment Policy.

Finally, Stuart agreed with the Executive Director on May 8, 1999, that any order of the Alberta Securities Commission in this matter would be imposed on a concurrent basis by the British Columbia Securities Commission. Stuart came to a final settlement with the Executive Director on September 10, 1999. He agreed not to act as a director for any issuer for five years, and not to act in any designated compliance or supervisory position with a member of the Alberta Exchange. Further, he agreed to pay the Commission \$5,000 in costs. In settling with the Alberta Commission, Stuart paid a fine of \$100,000 and \$25,000 in costs. He also agreed to pay the TSE \$130,000 plus \$20,000 in costs, in addition to a lifetime ban on acting in any designated compliance capacity, and a four-month suspension from employment in any capacity with a TSE member.

C. The Sanctions Imposed by the Commission

In imposing sanctions on Hartvikson and Johnson under ss. 161 and 162 of the Act, the Commission weighed several important factors, including general deterrence, protecting the securities market, the settlement agreements and the circumstances of the case.

MM. Lyall et Savics ont tous deux accepté de conclure une entente avec le directeur général le 9 avril 1999. Ils ont admis avoir contribué à la violation de l'art. 61 de la Loi en partageant le placement privé de 0,125 \$ avec des personnes qui ne remplissaient pas les conditions donnant droit à la dispense réclamée. Ils ont reconnu qu'ils auraient dû savoir que la participation de MM. Hartvikson et Johnson comme promoteurs de Cartaway constituait un conflit d'intérêts qu'ils n'ont pas porté à l'attention du personnel concerné de First Marathon. Chacun d'eux s'est engagé à verser 25 000 \$ à la Commission et à se conformer à la Loi et au Règlement, de même qu'à la politique établie par First Marathon au sujet des investissements de ses employés.

Enfin, M. Stuart a convenu avec le directeur général, le 8 mai 1999, que toute ordonnance de la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta en l'espèce serait appliquée concurremment par la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique. M. Stuart a conclu un règlement définitif avec le directeur général le 10 septembre 1999. Il a accepté de ne pas agir comme administrateur de tout émetteur de valeurs pendant cinq ans et de s'abstenir d'occuper un poste désigné de supervision ou de vérification de la conformité chez un membre de la Bourse de l'Alberta. En outre, il s'est engagé à verser à la Commission des frais de 5 000 \$. En exécution de l'entente intervenue avec la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta, M. Stuart a payé une amende de 100 000 \$ et des frais de 25 000 \$. Il a aussi accepté de verser à la Bourse de Toronto 130 000 \$, plus 20 000 \$ en frais, d'être suspendu à vie de tout poste désigné de vérification de la conformité et de n'occuper aucun emploi pendant quatre mois, à quelque titre que ce soit, chez un membre de la Bourse de Toronto.

C. Les sanctions infligées par la Commission

En infligeant à MM. Hartvikson et à Johnson les sanctions prévues aux art. 161 et 162 de la Loi, la Commission a tenu compte de plusieurs facteurs importants, dont la dissuasion générale, la protection des marchés des valeurs mobilières, les règlements amiables et les circonstances de l'espèce.

24

25

26

27 On one hand, the Commission considered the need to send a clear message that would deter inappropriate conduct by other participants in British Columbia's capital markets. It took into account the settlement agreements reached in proceedings against other First Marathon brokers. But in doing so, it compared the role of those individuals against Hartvikson and Johnson's leadership in perpetrating the illegal transaction and their deceitful conduct. Although deceit was not explicitly alleged in the notice of appeal, the respondents' credibility and misleading conduct was the focus of the proceedings from the outset. The Commission also took note of the \$5.1 million in trading profits earned by Hartvikson and Johnson.

28 On the other hand, the Commission took into account Hartvikson and Johnson's previously untarnished records and their positive contribution to the capital markets. Moreover, both respondents voluntarily surrendered their licences as registered trading representatives in 1996, and repented their actions. The Commission accepted that Hartvikson and Johnson would continue to make a positive contribution to British Columbia's capital markets, if permitted to do so. It is also notable that both offered to pay \$100,000 towards a university foundation or program about business ethics.

29 After weighing these considerations, the Commission decided that a lengthy ban was unnecessary to protect the public interest. The Commission held that a limited suspension and the imposition of a financial penalty would be sufficient to protect the public interest. Under s. 161(1)(c) of the Act, it ordered that exemptions under ss. 44 to 47, 74, 75, 98, and 99 did not apply to the respondents for one year, except that each could trade only through a registered dealer and only on his own account under s. 45(2)(7) of the Act. Under s. 161(1)(d)(ii) of the Act, it ordered that the respondents were prohibited from acting as directors or officers of any reporting issuer for a period of one year and until they each successfully completed a remedial course concerning the

D'une part, la Commission a pris en compte la nécessité d'envoyer un message clair qui dissuaderait les autres participants aux marchés de capitaux de la Colombie-Britannique d'adopter une conduite inappropriée. Elle a étudié les règlements amiables conclus dans le cadre des poursuites intentées contre d'autres courtiers de First Marathon. Mais ce faisant, elle a comparé le rôle de ces personnes avec celui de leader que MM. Hartvikson et Johnson avaient joué dans l'opération illégale et avec leur comportement dolosif. Le dol n'a pas été explicitement allégué dans l'avis d'appel, mais la crédibilité des intimés et leur conduite trompeuse se sont situées dès le départ au centre des poursuites. La Commission a aussi pris acte du profit de 5,1 millions de dollars réalisé par MM. Hartvikson et Johnson.

D'autre part, la Commission a retenu le fait que MM. Hartvikson et Johnson avaient jusque-là des dossiers sans tache et qu'ils avaient contribué de façon positive à la vie des marchés de capitaux. De plus, les deux intimés ont volontairement remis en 1996 leur permis de négociateur inscrit et ont dit regretter leur geste. La Commission reconnaissait qu'ils continueraient d'apporter une contribution positive aux marchés de capitaux de la Colombie-Britannique si on le leur permettait. Il convient aussi de noter que tous deux ont offert de verser 100 000 \$ à une fondation universitaire ou à un programme d'éthique des affaires.

Après avoir soupesé ces facteurs, la Commission a décidé que la protection de l'intérêt public ne nécessitait pas une suspension de longue durée, mais seulement une suspension limitée et l'imposition d'une amende. En vertu de l'al. 161(1)c) de la Loi, elle a ordonné que les dispenses prévues aux art. 44 à 47, 74, 75, 98 et 99 ne s'appliquaient pas aux intimés pendant un an, sauf que chacun d'eux ne pouvait négocier que par l'entremise d'un courtier inscrit et que pour son propre compte conformément au par. 45(2)(7) de la Loi. En vertu du sous-al. 161(1)d)(ii) de la Loi, elle a interdit aux intimés d'agir comme administrateur ou comme dirigeant d'un émetteur assujetti pendant un an ou jusqu'à ce que chacun d'eux ait terminé avec succès un cours de rattrapage sur les devoirs et responsabilités des

duties and responsibilities of directors and officers, whichever was later.

Finally, under s. 162 of the Act, the Commission ordered Hartvikson and Johnson each to pay an administrative penalty of \$100,000. In determining an appropriate order, the Commission did not take into account its findings that Hartvikson and Johnson were *de facto* directors and officers of Cartaway because this was not alleged in the notice of hearing.

III. Procedural History

Court of Appeal for British Columbia (2002), 218 D.L.R. (4th) 470, 2002 BCCA 461

Hartvikson and Johnson appealed the Commission's findings and order directly to the Court of Appeal for British Columbia under s. 167(1) of the Act. Hartvikson and Johnson raised several grounds of appeal. First, the Commission erred in finding that on April 5, 1995, they acted on behalf of Cartaway to make a legally binding deal to acquire the Voisey's Bay claims. Second, the Commission erred in finding that they were *de facto* directors. Third, the Commission erred in imposing the maximum administrative penalty available under s. 162 of the Act. Finally, the Commission created a reasonable apprehension of bias when its spokesperson made certain public statements. This ground was not pressed on appeal and was not, in the Court of Appeal's view, a sufficient ground to overturn the decision of the Commission.

(1) Braidwood J.A. for the Majority

Braidwood J.A. held that the standard of review of the Commission's findings and order was reasonableness *simpliciter*. Based on a review of the evidence as a whole, Braidwood J.A. held that the Commission reasonably concluded that Hartvikson and Johnson, with Stuart's approval, acted on behalf of Cartaway to acquire the Voisey's Bay claims on April 5, 1995. Similarly, the court upheld the

administrateurs et dirigeants, si cette éventualité est postérieure.

Enfin, en vertu de l'art. 162 de la Loi, la Commission a ordonné à MM. Hartvikson et Johnson de verser chacun une amende de 100 000 \$. En établissant l'ordonnance appropriée, la Commission n'a pas tenu compte de ses conclusions selon lesquelles ils étaient administrateurs et dirigeants de fait de Cartaway, ce facteur n'ayant pas été allégué dans l'avis d'audience.

III. Historique des procédures judiciaires

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 218 D.L.R. (4th) 470, 2002 BCCA 461

MM. Hartvikson et Johnson ont interjeté appel des conclusions et de l'ordonnance de la Commission directement à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en application du par. 167(1) de la Loi. Ils ont soulevé plusieurs moyens d'appel. Premièrement, la Commission aurait commis une erreur en concluant que, le 5 avril 1995, ils ont agi au nom de Cartaway pour conclure une entente juridiquement contraignante visant l'acquisition des claims de Voisey's Bay. Deuxièmement, la Commission se serait trompée en concluant qu'ils étaient des administrateurs de fait. Troisièmement, la Commission aurait infligé à tort l'amende maximale prévue à l'art. 162 de la Loi. Enfin, la Commission aurait suscité une crainte raisonnable de partialité lorsque son porte-parole a fait des déclarations publiques. En appel, on n'a pas insisté sur ce dernier moyen, qui, de l'avis de la Cour d'appel, n'était pas suffisant pour infirmer la décision de la Commission.

(1) Le juge Braidwood, au nom de la majorité

Le juge Braidwood a statué que la norme de contrôle applicable aux conclusions et à l'ordonnance de la Commission était celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, le juge Braidwood a estimé que la Commission avait raisonnablement conclu que MM. Hartvikson et Johnson avaient, avec le consentement de M. Stuart, agi au nom de Cartaway

30

31

32

Commission's findings with respect to Cartaway's control group, and the role played by Hartvikson and Johnson.

pour acquérir les claims de Voisey's Bay le 5 avril 1995. De même, la cour a confirmé les conclusions de la Commission quant au groupe de contrôle de Cartaway et au rôle joué par MM. Hartvikson et Johnson.

33 Braidwood J.A. held that, although the Commission's findings that Hartvikson and Johnson were *de facto* directors were probably necessary in the Commission's reconstruction of the facts, the Commission should not have then criticized them for the breach of their duties in the absence of giving adequate notice to the respondents and hearing evidence on this issue. In the court's view, the Commission did not appear to rely on this finding in imposing a penalty.

34 With regard to the penalty, the majority held that the imposition of the maximum penalty was too severe and unreasonable in all the circumstances. It substituted a penalty of \$10,000 each for Hartvikson and Johnson. Braidwood J.A. viewed Hartvikson and Johnson's culpability as relatively minor with respect to the breach of s. 61 of the Act by illegally splitting the \$0.125 private placement. Braidwood J.A. found that the public had not been harmed by this splitting. The learned appellate judge also took into account the settlements by the other brokers, which he viewed as significantly less onerous.

D'après le juge Braidwood, le constat de la Commission que MM. Hartvikson et Johnson sont administrateurs de fait lui est probablement nécessaire pour la reconstitution des faits, mais elle n'aurait pas dû ensuite leur reprocher d'avoir manqué à leurs devoirs sans leur donner un préavis suffisant et sans entendre la preuve sur ce point. De l'avis de la cour, la Commission ne paraît pas s'être fondée sur ce constat pour infliger une pénalité.

Passant ensuite à l'examen de la pénalité, les juges majoritaires ont estimé que l'imposition de la pénalité maximale était trop sévère et déraisonnable eu égard à l'ensemble des circonstances. Pour ces raisons, ils y ont substitué une pénalité de 10 000 \$ chacun pour MM. Hartvikson et Johnson. Selon le juge Braidwood, leur culpabilité était relativement mineure pour ce qui est de la violation de l'art. 61 de la Loi, qui se limitait à une division illégale du placement privé de 0,125 \$. De plus, le public n'avait pas été lésé par cette division. Le juge d'appel a aussi tenu compte des règlements amiables conclus par les autres courtiers, beaucoup moins sévères à ses yeux.

35 Based on his reading of this Court's decision in *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37, Braidwood J.A. held that the Commission did not have the authority to consider general deterrence under s. 162, and that only the specific conduct in relation to the breach of the Act could be considered. Braidwood J.A. believed this Court's opinion in *Asbestos* that the Ontario Securities Commission's public interest jurisdiction is prospective and preventative, rather than remedial or punitive, restricted the Commission's public interest jurisdiction to restraining future conduct of Hartvikson and

Selon son interprétation de larrêt de la Cour *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37, le juge Braidwood a conclu que, sous le régime de l'art. 162, la Commission n'était pas autorisée à prendre en considération la dissuasion générale, mais devait uniquement examiner la conduite particulière liée à la violation de la Loi. Selon lui, l'opinion de la Cour dans *Asbestos* selon laquelle la compétence de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario en matière d'intérêt public est de nature prospective et préventive, et non réparatrice ou punitive,

Johnson that would likely prejudice the public interest.

(2) Ryan J.A. (Dissenting in Part)

Ryan J.A. dissented on the penalty issue. She read *Asbestos*, *supra*, differently. In Ryan J.A.'s opinion, *Asbestos* dealt with the jurisdiction of the Ontario Securities Commission to prosecute or take action against a party whose actions were prejudicial to the public interest. In Ryan J.A.'s view, this Court did not address the principles a commission must consider in imposing administrative penalties.

Further, Ryan J.A. reasoned that general deterrence is neither punitive nor remedial. General deterrence is designed to discourage similar behaviour in others. Ryan J.A. concluded that the Commission — as part of its protective and preventative jurisdiction — may consider general deterrence in fashioning an appropriate penalty. Nevertheless, Ryan J.A. agreed with the majority of the court that the penalty was flawed in other ways, and would have reduced the penalties to \$50,000 each.

IV. Relevant Statutory Provisions

Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418

- 61** (1) Unless exempted under this Act or the regulations, a person must not distribute a security unless
- (a) a preliminary prospectus and a prospectus respecting the security have been filed with the executive director, and
 - (b) the executive director has issued receipts for the preliminary prospectus and prospectus.
- (2) A preliminary prospectus and a prospectus must be in the required form.

impliquait que la compétence relative à l'intérêt public de la Commission se limitait à empêcher qu'à l'avenir MM. Hartvikson et à Johnson tiennent une conduite susceptible de nuire à l'intérêt public.

(2) La juge Ryan (dissidente en partie)

La juge Ryan a exprimé sa dissidence sur la question de la pénalité. Elle a interprété différemment l'arrêt *Asbestos*, précité. Selon elle, ce jugement portait sur la compétence de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario pour poursuivre une partie dont les actes ont porté atteinte à l'intérêt public ou pour prendre des mesures contre elle. À son avis, notre Cour n'avait pas traité alors des principes qu'une commission doit prendre en compte lorsqu'elle inflige des sanctions administratives.

De plus, la juge Ryan a estimé que la dissuasion générale n'est ni punitive ni réparatrice. La dissuasion générale vise à décourager les autres d'agir de façon semblable. La juge Ryan a donc conclu que la Commission — dans le cadre de sa compétence de nature protectrice et préventive — peut prendre en considération la dissuasion générale pour fixer la pénalité qui s'impose. Elle a néanmoins reconnu avec les juges majoritaires de la cour que la sanction était mal fondée à d'autres égards; elle aurait réduit les amendes à 50 000 \$ chacune.

IV. Dispositions législatives pertinentes

Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418

[TRADUCTION]

- 61** (1) Sauf dispense prévue par la présente loi ou son règlement d'application, nul ne peut procéder au placement d'une valeur mobilière sauf si :
- a) un prospectus provisoire et un prospectus sur la valeur mobilière ont été déposés auprès du directeur général;
 - b) le directeur général en a accusé réception.
- (2) Le prospectus provisoire et le prospectus doivent respecter la forme prescrite.

36

37

38

161 (1) If the commission or the executive director considers it to be in the public interest, the commission or the executive director, after a hearing, may order one or more of the following:

(a) that a person comply with or cease contravening, and that the directors and senior officers of the person cause the person to comply with or cease contravening,

(i) a provision of this Act or the regulations,

(ii) a decision, whether or not the decision has been filed under section 163, or

(iii) a bylaw, rule, or other regulatory instrument or policy or a direction, decision, order or ruling made under a bylaw, rule or other regulatory instrument or policy of a self regulatory body or exchange, as the case may be, that has been recognized by the commission under section 24;

(b) that

(i) all persons,

(ii) the person or persons named in the order, or

(iii) one or more classes of persons

cease trading in or be prohibited from purchasing, any securities or exchange contracts, a specified security or exchange contract or a specified class of securities or class of exchange contracts;

(c) that any or all of the exemptions described in any of sections 44 to 47, 74, 75, 98 or 99 do not apply to a person;

(d) that a person

(i) resign any position that the person holds as a director or officer of an issuer,

(ii) is prohibited from becoming or acting as a director or officer of any issuer, or

161 (1) Lorsqu'ils estiment dans l'intérêt public de le faire, la Commission ou le directeur général peuvent, après audience, ordonner :

a) qu'une personne se conforme ou cesse de contrevenir, et que ses administrateurs et cadres dirigeants prennent des mesures pour qu'elle se conforme ou cesse de contrevenir :

(i) une disposition de la présente loi ou de son règlement d'application,

(ii) à une décision, déposée ou non, sous le régime de l'article 163,

(iii) à un règlement administratif, une règle ou un autre instrument ou politique de réglementation, ou une directive, décision ou ordonnance prises en vertu d'un règlement administratif, d'une règle ou d'un autre instrument ou politique de réglementation d'un organisme autonome, d'une bourse, d'un système de cotation et de déclaration des opérations, selon le cas, que la Commission a reconnu en vertu de l'article 24;

b) que :

(i) toute personne,

(ii) les personnes nommées dans l'ordonnance,

(iii) une ou plusieurs catégories de personnes

cessent de faire des opérations sur des valeurs mobilières ou d'acquérir des valeurs mobilières ou contrats de change, une valeur mobilière donnée ou un contrat de change donné, ou une catégorie précise de valeurs mobilières ou de contrats de change;

c) qu'une ou l'ensemble des dispenses visées aux articles 44 à 47, 74, 75, 98 ou 99 ne s'appliquent pas à une personne;

d) qu'une personne :

(i) démissionne du poste qu'elle occupe comme administrateur ou dirigeant d'un émetteur,

(ii) ne puisse plus devenir administrateur ou dirigeant d'un émetteur ou agir à ce titre,

- (iii) is prohibited from engaging in investor relations activities;
 - (e) that a registrant, issuer or person engaged in investor relations activities
 - (i) is prohibited from disseminating to the public, or authorizing the dissemination to the public, of any information or record of any kind that is described in the order,
 - (ii) is required to disseminate to the public, by the method described in the order, any information or record relating to the affairs of the registrant or issuer that the commission or the superintendent considers must be disseminated, or
 - (iii) is required to amend, in the manner specified in the order, any information or record of any kind described in the order before disseminating the information or record to the public or authorizing its dissemination to the public;
 - (f) that a registrant be reprimanded, that a person's registration be suspended, cancelled or restricted or that conditions be imposed on a registrant.
- (2) If the commission or the executive director considers that the length of time required to hold a hearing under subsection (1), other than under subsection (1) (e) (ii) or (iii), could be prejudicial to the public interest, the commission or the executive director may make a temporary order, without a hearing, to have effect for not longer than 15 days after the date the temporary order is made.
- (3) If the commission or the executive director considers it necessary and in the public interest, the commission or the executive director may, without a hearing, make an order extending a temporary order until a hearing is held and a decision is rendered.
- (4) The commission or the executive director, as the case may be, must send written notice of every order made under this section to any person that is directly affected by the order.
- (5) If notice of a temporary order is sent under subsection (4), the notice must be accompanied by a notice of hearing.
- (iii) ne puisse plus participer à des activités de relations avec les investisseurs;
 - e) qu'une personne inscrite, un émetteur ou une personne participant à des activités de relations avec les investisseurs :
 - (i) ne puisse plus diffuser, ou permettre que soit diffusé, tout renseignement ou document, quel qu'il soit, décrit dans l'ordonnance,
 - (ii) diffuse, selon la méthode prescrite dans l'ordonnance, tout renseignement ou document relatif aux affaires de la personne inscrite ou de l'émetteur que la Commission ou le surintendant estiment nécessaire de diffuser,
 - (iii) modifie, de la manière indiquée dans l'ordonnance, tout renseignement ou document, quel qu'il soit, décrit dans l'ordonnance, avant de le diffuser ou d'autoriser sa diffusion;
 - f) qu'une personne inscrite soit réprimandée ou que son inscription soit suspendue, retirée, limitée ou assujettie à certaines conditions.
- (2) Si, de l'avis de la Commission ou du directeur général, le délai nécessaire pour la tenue de l'audience prévue au paragraphe (1), autre que celle prévue aux sous-alinéas (1)e)(ii) ou (iii), risque d'être préjudiciable à l'intérêt public, ils peuvent, sans audience, prononcer une ordonnance provisoire qui reste en vigueur pendant un délai maximal de 15 jours suivant la date du prononcé.
- (3) Si la Commission ou le directeur général l'estiment nécessaire et dans l'intérêt public, ils peuvent, sans audience, proroger l'ordonnance provisoire jusqu'à ce que la décision soit rendue, après audience.
- (4) La Commission ou le directeur général, selon le cas, transmet par écrit un avis de chaque ordonnance prononcée en vertu de la présente disposition à toute personne directement visée par l'ordonnance.
- (5) L'avis d'ordonnance provisoire visé au paragraphe (4) est accompagné d'un avis d'audience.

162 If the commission, after a hearing,

- (a) determines that a person has contravened
 - (i) a provision of this Act or of the regulations, or
 - (ii) a decision, whether or not the decision has been filed under section 163, and
- (b) considers it to be in the public interest to make the order

the commission may order the person to pay the commission an administrative penalty of not more than \$100 000.

167 . . .

- (3) If an appeal is taken under this section, the Court of Appeal may direct the commission to make a decision or to perform an act that the commission is authorized and empowered to do.

V. Issues

39

The following issues are raised on this appeal:

1. Whether the Executive Director has standing to bring this appeal.
2. Whether the Commission may consider general deterrence when ordering sanctions under s. 162 of the Act.
3. Whether the Commission must consider settlement agreements entered into by the Executive Director in assessing sanctions under the Act.
4. Whether the Court of Appeal should have referred the question of appropriate sanctions back to the Commission under s. 167(3) of the Act.

VI. Analysis**A. Standing**

40

The Executive Director was granted leave to appeal by the Court on April 10, 2003. At the time of the leave application, Hartvikson and Johnson did not challenge the standing of the Executive Director to bring this appeal. They did so only in their submissions on the merits.

162 Si, après audience, la Commission :

- a) conclut qu'une personne a contrevenu :
 - (i) à une disposition de la présente loi ou de son règlement d'application,
 - (ii) à une décision, déposée ou non, sous le régime de l'article 163;
- b) estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire,

elle peut rendre une ordonnance enjoignant à la personne de verser une amende d'au plus 100 000 \$.

167 . . .

- (3) S'il est interjeté appel en vertu de la présente disposition, la Cour d'appel peut ordonner à la Commission de prendre toute décision ou autre mesure que la Commission a le pouvoir de prendre.

V. Les questions en litige

Voici les questions soulevées en l'espèce :

1. Le directeur général a-t-il qualité pour former le présent pourvoi?
2. La Commission peut-elle prendre en considération la dissuasion générale lorsqu'elle ordonne des sanctions en vertu de l'art. 162 de la Loi?
3. La Commission doit-elle tenir compte des règlements amiables conclus par le directeur général pour déterminer les sanctions applicables sous le régime de la Loi?
4. La Cour d'appel aurait-elle dû renvoyer à la Commission la question de la sanction appropriée en application du par. 167(3) de la Loi?

VI. Analyse**A. Qualité**

La Cour a autorisé le directeur général à former un pourvoi le 10 avril 2003. Au moment de la demande d'autorisation, MM. Hartvikson et Johnson n'ont pas contesté la qualité du directeur général pour former le présent pourvoi. Ils l'ont fait seulement dans leurs observations sur le fond.

During enforcement proceedings before the Commission, the Executive Director acts as an administrative prosecutor, while the Commission is the impartial arbiter. In the court below, the Executive Director did not appear as a party. Rather, the Commission itself was the named respondent because the Commission is designated as a party to an appeal to the Court of Appeal under s. 167(5) of the Act. However, between the time of the hearing before the court below and the appeal to this Court, the Court of Appeal released its decision in *British Columbia (Securities Commission) v. Pacific International Securities Inc.* (2002), 2 B.C.L.R. (4th) 114, 2002 BCCA 421, which held that the Executive Director is the proper party on an interlocutory appeal on the merits of a procedural decision by the Commission. Without commenting on the correctness of *Pacific International*, I observe that the Executive Director merely sought to comply with this decision.

In our Court, given the nature of its functions in the enforcement of the law, the Executive Director is properly substituted as a party under Rule 18(5) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. If there is any procedural irregularity in this case, it may be cured under Rule 8(1). Moreover, the respondents did not suffer any prejudice from the substitution.

B. Standard of Review

The first step in the analysis of the Commission's interpretation of s. 162 is to determine the appropriate standard of review according to the pragmatic and functional analysis. While a pigeonhole approach should be eschewed by reviewing courts, past judicial decisions may be helpful in determining the appropriate standard of review: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 CSC 19, at paras. 24-25. This Court applied the pragmatic and functional analysis to the Commission's interpretation of a similar provision, s. 144 (now s. 161), in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557.

Dans une procédure d'exécution devant la Commission, le directeur général agit à titre de poursuivant administratif, alors que la Commission remplit la fonction d'arbitre impartial. En cour d'appel, le directeur général n'a pas comparu comme partie à l'instance. C'est plutôt la Commission elle-même qui était l'intimée désignée parce que c'est elle qui, selon le par. 167(5) de la Loi, est désignée comme partie à l'instance devant la Cour d'appel. Cependant, entre le moment de l'audience devant l'instance inférieure et le pourvoi devant la Cour, la Cour d'appel a rendu l'arrêt *British Columbia (Securities Commission) c. Pacific International Securities Inc.* (2002), 2 B.C.L.R. (4th) 114, 2002 BCCA 421, selon lequel le directeur général a qualité pour agir comme partie dans un appel interlocutoire quant au bien-fondé d'une décision procédurale de la Commission. Sans commenter la justesse de *Pacific International*, je note que le directeur général a simplement cherché à se conformer à cette décision.

Devant la Cour, étant donné la nature de ses fonctions dans l'application de la loi, le directeur général est une partie dûment substituée sous le régime du par. 18(5) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156. S'il existe quelque irrégularité de procédure en l'espèce, le par. 8(1) permet d'y remédier. De plus, les intimés n'ont subi aucun préjudice du fait de la substitution.

B. Norme de contrôle

Dans l'analyse de l'interprétation donnée par la Commission à l'art. 162, la première étape consiste à déterminer la norme de contrôle applicable selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Bien que les cours de révision doivent éviter d'adopter une approche de compartimentation, il peut être utile de recourir aux décisions judiciaires antérieures pour déterminer la norme de contrôle applicable : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 24-25. Dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, la Cour a appliqué l'analyse pragmatique et fonctionnelle à l'interprétation que la Commission avait donnée d'une disposition semblable, l'art. 144 (maintenant l'art. 161).

41

42

43

44 The pragmatic and functional analysis involves the weighing of four factors: (1) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) the expertise of the administrative tribunal relative to the reviewing court regarding the question at issue; (3) the purpose of the legislation and the provision in particular; and (4) the nature of the question — law, fact, or mixed law and fact: *Dr. Q, supra*, at para. 26. No one factor is dispositive.

45 Section 167(1) of the Act provides that an appeal of a decision of the Commission under s. 162 lies to the Court of Appeal, with leave of a justice of that court. Decisions of the Commission are thus not protected by a privative clause. This militates against deference. Nevertheless, this Court has held that deference is due to matters falling squarely within the expertise of the Commission even where there is a right of appeal: *Pezim, supra*, at p. 591. This Court recognized in *Pezim*, at pp. 593-94, that the Commission has special expertise regarding securities matters. The core of this expertise lies in interpreting and applying the provisions of the Act, and in determining what orders are in the public interest with respect to capital markets. In this case, the question of whether general deterrence is an appropriate consideration in formulating a penalty in the public interest falls squarely within the expertise of the Commission.

46 Although courts are regularly called on to interpret and apply general questions of law and engage in statutory interpretation, courts have less expertise relative to securities commissions in determining what is in the public interest in the regulation of financial markets. The courts also have less expertise than securities commissions in interpreting their constituent statutes given the broad policy context within which securities commissions operate: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336.

L'analyse pragmatique et fonctionnelle nécessite l'appréciation de quatre facteurs : (1) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; (2) l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; (3) l'objet de la loi et de la disposition particulière; (4) la nature de la question — de droit, de fait ou mixte de fait et de droit : *Dr Q*, précité, par. 26. Aucun de ces facteurs n'est déterminant.

Le paragraphe 167(1) de la Loi prévoit qu'une décision rendue par la Commission sous le régime de l'art. 162 peut faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel, avec l'autorisation d'un juge de cette cour. Aucune clause privative ne protège donc les décisions de la Commission. Cette absence de protection milite contre la déférence. Néanmoins, la Cour a statué que, même en présence d'un droit d'appel, on doit faire preuve de déférence à l'égard des questions qui relèvent carrément du champ d'expertise de la Commission : *Pezim*, précité, p. 591. La Cour a reconnu dans *Pezim*, p. 593-594, l'expertise particulière de la Commission en matière de valeurs mobilières. Cette expertise réside essentiellement dans l'interprétation et l'application des dispositions de la Loi, ainsi que dans la détermination des ordonnances qui sont dans l'intérêt public relativement aux marchés de capitaux. En l'espèce, la question de savoir si la dissuasion générale est un facteur pertinent pour l'établissement d'une peine d'intérêt public relève clairement du champ d'expertise de la Commission.

Bien que les tribunaux soient régulièrement appelés à interpréter et à appliquer des questions de droit générales, ainsi qu'à interpréter des textes législatifs, ils sont moins qualifiés que les commissions des valeurs mobilières pour définir la nature de l'intérêt public dans la réglementation des marchés financiers. Ils sont aussi moins compétents que les commissions des valeurs mobilières pour interpréter les lois constitutives de ces organismes, compte tenu de l'importance de grandes questions de politique générale dans le contexte de leurs activités : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336.

A reviewing court must consider the general purpose of the statute and the particular provision under consideration with an eye to discerning the intent of the legislature: *Dr. Q, supra*, at para. 30. The adjudicative function of the Commission in enforcement proceedings under s. 162 would generally call for less deference. In the present case the Commission is called upon to adjudicate a bipolar dispute rather than exercise a pure policy decision. Nevertheless, the Commission also plays a principal role in policy development, in the management of a complex securities regulation scheme and in reconciling the interests of a number of different groups and in protecting the public: *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, at pp. 313-14. This calls for some deference by the reviewing court: *Pezim, supra*, at p. 591.

The interpretation of s. 162 is a question of statutory construction of the Commission's enabling statute. As I stated above, the application of s. 162 requires the determination of when an order is in the public interest, and this calls for the Commission to apply its expertise. Although the Commission's interpretation of s. 162 is not binding on future Commission decisions, once the Commission finds that it can take general deference into account, it is unlikely to break from this practice in the future. It therefore has some precedential value. On the whole, the nature of the question militates in favour of deference.

The balance of factors in the pragmatic and functional analysis point towards the standard of review of reasonableness and away from the more exacting standard of correctness. The reviewing court must therefore ask whether there is a rational basis for the decision of the Commission in light of the statutory framework and the circumstances of the case. Do the reasons as a whole support the decision (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 56)? Specifically, is it reasonable for the Commission

47

Le tribunal saisi d'une demande de révision judiciaire doit examiner l'objet général du texte législatif et de la disposition en cause en vue de saisir l'intention du législateur : *Dr Q*, précité, par. 30. La fonction juridictionnelle de la Commission dans le cadre de la procédure d'application prévue à l'art. 162 commanderait en général une déférence moindre. En l'espèce, la Commission est appelée à trancher un conflit bipolaire plutôt qu'à exercer une décision de pure politique. Néanmoins, elle joue aussi un rôle de premier plan dans l'établissement des politiques générales, dans la gestion du régime complexe de réglementation des valeurs mobilières, ainsi que dans la conciliation des intérêts de divers groupes et dans la protection du public : *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, p. 313-314. Ce rôle commande une certaine déférence de la part des cours de révision : *Pezim*, précité, p. 591.

48

L'interprétation de l'art. 162 représente une question d'interprétation de la loi habilitante de la Commission. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'application de l'art. 162 exige de déterminer dans quel cas une ordonnance relève de l'intérêt public et, pour ce faire, la Commission doit faire appel à son expertise. Même si la Commission n'est pas liée par son interprétation de l'art. 162 quant à ses décisions futures, une fois qu'elle conclut qu'elle peut prendre en considération la dissuasion générale, il est peu probable qu'elle cesse de le faire dans l'avenir. Cette interprétation acquiert une valeur de précédent. Dans l'ensemble, la nature de la question milite en faveur de la déférence.

49

La pondération des divers facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle tend à faire conclure à l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable, plutôt que de la norme de contrôle plus exigeante de la décision correcte. La cour de révision doit donc se demander s'il existe un fondement rationnel à la décision de la Commission au regard du cadre législatif et des circonstances de l'espèce. Les motifs, considérés dans leur ensemble, étayent-ils la décision (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003]

to consider general deterrence in determining whether a sanction under s. 162 would be in the public interest?

50 In applying the standard of reasonableness, the reviewing court should not determine whether it agrees with the determination of the tribunal. Such a conclusion is irrelevant: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 80. The focus should be on the reasonableness of the decision or the order, not on whether it was a tolerable deviation from a preferred outcome.

51 In my view, the Commission's interpretation of s. 162 was reasonable.

C. General Deterrence

52 Deterrent penalties work on two levels. They may target society generally, including potential wrongdoers, in an effort to demonstrate the negative consequences of wrongdoing. They may also target the individual wrongdoer in an attempt to show the unprofitability of repeated wrongdoing. The first is general deterrence; the second is specific or individual deterrence: see C. C. Ruby, *Sentencing* (5th ed. 1999). In both cases deterrence is prospective in orientation and aims at preventing future conduct.

53 General deterrence as an aim of sentencing in criminal law is well established: see *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 56; *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39, at paras. 44 and 46. One of its earliest proponents was Jeremy Bentham. In his view, where the same result cannot be achieved through other modes of punishment and the net benefit to society outweighs the harm imposed on the offender, a deterrent penalty should be imposed and tailored in order to discourage others from committing the same offence. He assumes that citizens are rational actors, who will adjust their conduct according to the disincentives

1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 56)? Plus précisément, est-il raisonnable que la Commission prenne en considération la dissuasion générale pour déterminer s'il est dans l'intérêt public d'imposer la sanction prévue à l'art. 162?

Lorsqu'elle applique la norme de la décision raisonnable, la cour de révision ne doit pas rechercher si elle est d'accord avec la décision du tribunal. Une telle conclusion n'est pas pertinente : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 80. Elle doit s'attacher à l'examen du caractère raisonnable de la décision ou de l'ordonnance, non à la question de savoir si celle-ci s'écarte de manière acceptable d'un résultat préférable.

À mon avis, l'interprétation donnée par la Commission à l'art. 162 était raisonnable.

C. Dissuasion générale

Les peines dissuasives fonctionnent à deux niveaux. Elles peuvent cibler la société en général, y compris les contrevenants potentiels, dans le but d'illustrer les conséquences négatives d'un comportement fautif. Elles peuvent aussi cibler le contrevenant particulier afin de démontrer que la récidive ne profite pas. Il s'agit, dans le premier cas, de dissuasion générale et, dans le second, de dissuasion spécifique ou individuelle : voir C. C. Ruby, *Sentencing* (5^e éd. 1999). Dans les deux cas, la dissuasion est prospective et vise à prévenir des comportements futurs.

Il est bien établi que la dissuasion générale constitue l'un des objectifs de la détermination de la peine en droit pénal : voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 56; *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2003 CSC 39, par. 44 et 46. Jeremy Bentham a été l'un des premiers partisans de la dissuasion générale. Selon lui, s'il est impossible d'arriver au même résultat par d'autres modes de sanction et que l'avantage net qu'en retire la société l'emporte sur le préjudice que subit le contrevenant, il convient d'infliger une peine dissuasive, qui soit conçue de telle manière qu'elle dissuade les autres de commettre la même infraction. Bentham présume que les citoyens

of deterrent penalties: A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* (3rd ed. 2003), at p. 64. Similarly, law and economic theorists such as R. A. Posner view deterrent penalties as a kind of pricing system: "An Economic Theory of the Criminal Law" (1985), 85 *Colum. L. Rev.* 1193.

However, general deterrence is not without its critics. In the criminal context, commentators and courts have expressed doubts as to the effectiveness of imprisonment as a general deterrent: *R. v. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (Ont. C.A.), at p. 36; Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987) (Archambault Report), at pp. 136-37.

In this appeal we are asked whether it is reasonable to decide that general deterrence has a role to play in the policing of capital markets. The conventional view is that participants in capital markets are rational actors. This is probably more true of market systems than it is of social behaviour. It is therefore reasonable to assume, particularly with reference to the expertise of the Commission in regulating capital markets, that general deterrence has a proper role to play in determining whether to make orders in the public interest and, if they choose to do so, the severity of those orders.

This approach is consonant with United States securities jurisprudence, which accepts that general deterrence may be a consideration in imposing penalties for fraudulent behaviour. The rationale is that the public interest demands appropriate sanctions to secure compliance with the rules, regulations and policies of the Securities and Exchange Commission ("SEC"): see, e.g., *United States v. Matthews*, 787 F.2d 38 (2d Cir. 1986), at p. 47. Civil penalties are increasingly important to the SEC for a number of reasons, including general deterrence: see R. G. Ryan, "Securities

sont des acteurs rationnels qui régleront leur conduite selon la rigueur des peines dissuasives : A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* (3^e éd. 2003), p. 64. De même, les théoriciens du droit et de l'économie, tel que R. A. Posner, conçoivent les peines dissuasives comme une sorte de système de tarification : « An Economic Theory of the Criminal Law » (1985), 85 *Colum. L. Rev.* 1193.

La dissuasion générale ne fait toutefois pas l'unanimité. Dans le contexte pénal, les commentateurs et les tribunaux ont exprimé des doutes quant à l'efficacité de l'emprisonnement comme mesure de dissuasion générale : *R. c. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (C.A. Ont.), p. 36; Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence : une approche canadienne* (1987) (rapport Archambault), p. 150-151.

En l'espèce, on nous demande s'il est raisonnable de conclure que la dissuasion générale a un rôle à jouer dans la réglementation des marchés de capitaux. Selon l'opinion courante, les participants aux marchés de capitaux demeurent des acteurs rationnels. Cette théorie vaut probablement davantage pour les systèmes de marchés que pour les comportements sociaux. Il est donc raisonnable de présumer, surtout du fait de l'expertise de la Commission dans la réglementation des marchés de capitaux, que la dissuasion générale conserve un rôle légitime dans la décision de prononcer ou non des ordonnances dans l'intérêt public et, le cas échéant, quant à la sévérité de ces ordonnances.

Cette approche s'accorde avec la jurisprudence américaine en matière de valeurs mobilières. Cette dernière accepte que la dissuasion générale puisse être un facteur pertinent dans l'imposition des pénalités pour sanctionner une conduite frauduleuse. En effet, l'intérêt public commande l'application de sanctions appropriées pour assurer l'observation des règles, des règlements et des politiques de la Securities and Exchange Commission (« SEC ») : voir p. ex. *United States c. Matthews*, 787 F.2d 38 (2d Cir. 1986), p. 47. L'importance des peines civiles ne cesse de croître pour la SEC

54

55

56

Enforcement: Civil Penalties in SEC Enforcement Cases: A Rising Tide" (2003), 17 *Insights* 17.

57

The Commission imposed the financial penalty on Hartvikson and Johnson under s. 162 of the Act, which provides that if the Commission finds after a hearing that a person has acted contrary to the Act, regulations or a decision of the Commission, and it is in the public interest to make such an order, it may impose a fine of no more than \$100,000:

162 If the commission, after a hearing,

- (a) determines that a person has contravened
 - (i) a provision of this Act or of the regulations, or
 - (ii) a decision, whether or not the decision has been filed under section 163, and
- (b) considers it to be in the public interest to make the order

the commission may order the person to pay the commission an administrative penalty of not more than \$100 000.

The Commission considered it to be in the public interest to levy the maximum fine for Hartvikson and Johnson's breach of s. 61.

58

"Public interest" is not defined in the Act. This Court considered the scope of a securities commission's public interest jurisdiction in *Asbestos*, *supra*. At issue in *Asbestos* was the Ontario Securities Commission's jurisdiction to intervene in Ontario's capital markets, for purposes of protection and prevention, if it is in the public interest to do so pursuant to s. 127(1) of the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5. This Court held that the discretion to act in the public interest is not unlimited. In exercising its discretion the Commission should consider "the protection of investors and the efficiency of, and public confidence in, capital markets generally" (*Asbestos*, *supra*, at para. 45). Because s. 127 is regulatory, its sanctions are not remedial or punitive, but rather are preventative in nature and prospective in application. As a result, this Court held that s. 127 could not be used to redress misconduct alleged to have caused

et ce, pour des motifs divers, dont la nécessité de la dissuasion générale : voir R. G. Ryan, « Securities Enforcement : Civil Penalties in SEC Enforcement Cases : A Rising Tide » (2003), 17 *Insights* 17.

La Commission a imposé à MM. Hartvikson et Johnson la peine pécuniaire prévue à l'art. 162 de la Loi. Selon celui-ci, si la Commission conclut, après audience, qu'une personne a contrevenu à la Loi, à son règlement d'application ou à une décision de la Commission, et qu'il est dans l'intérêt public de le faire, elle peut imposer une amende d'au plus 100 000 \$:

162 Si, après audience, la Commission :

- a) conclut qu'une personne a contrevenu :
 - (i) à une disposition de la présente loi ou de son règlement d'application,
 - (ii) à une décision, déposée ou non, sous le régime de l'article 163;
- b) estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire,

elle peut rendre une ordonnance enjoignant à la personne de verser une amende d'au plus 100 000 \$.

La Commission a jugé que l'imposition de l'amende maximale à MM. Hartvikson et Johnson pour avoir violé l'art. 61 était dans l'intérêt public.

La Loi ne définit pas l'"intérêt public". Dans *Asbestos*, précité, notre Cour a examiné l'étendue de la compétence relative à l'intérêt public d'une commission des valeurs mobilières. Dans cette affaire, il fallait décider si la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a compétence pour intervenir sur les marchés de capitaux de l'Ontario pour des finalités de protection et de prévention s'il est dans l'intérêt public qu'elle le fasse en application du par. 127(1) de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5. Selon notre Cour, le pouvoir discrétionnaire d'agir dans l'intérêt public n'avait pas un caractère illimité. Lorsqu'elle est appelée à exercer son pouvoir discrétionnaire, la Commission doit prendre en considération « la protection des investisseurs et l'efficacité des marchés financiers ainsi que la confiance du public en ceux-ci en général » (*Asbestos*, précité, par. 45).

harm to private parties or individuals: *Asbestos, supra*, at paras. 41-45. It should be observed that our Court was not considering the function of general deterrence in the exercise of the jurisdiction of a securities commission to impose fines and administrative penalties nor denying that general deterrence might play a role in this respect.

Braidwood J.A. understood *Asbestos, supra*, to foreclose the imposition of public interest penalties for the purpose of general deterrence. With respect, Braidwood J.A.'s interpretation was mistaken.

In my view, nothing inherent in the Commission's public interest jurisdiction, as it was considered by this Court in *Asbestos, supra*, prevents the Commission from considering general deterrence in making an order. To the contrary, it is reasonable to view general deterrence as an appropriate, and perhaps necessary, consideration in making orders that are both protective and preventative. Ryan J.A. recognized this in her dissent: "The notion of general deterrence is neither punitive nor remedial. A penalty that is meant to generally deter is a penalty designed to discourage or hinder like behaviour in others" (para. 125).

The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. XII, defines "preventive" as "[t]hat anticipates in order to ward against; precautionary; that keeps from coming or taking place; that acts as a hindrance or obstacle". A penalty that is meant to deter generally is a penalty that is designed to keep an occurrence from happening; it discourages similar wrongdoing in others. In a word, a general deterrent is preventative. It is therefore reasonable to consider general deterrence as a factor, albeit not the only one, in imposing a sanction under s. 162. The respective importance of general deterrence as

En raison de la nature réglementaire de l'art. 127, les sanctions prévues par cette disposition ne sont pas réparatrices ou punitives, mais plutôt de nature préventive et prospective. Par conséquent, notre Cour a conclu qu'une partie privée ou un particulier ne pouvait invoquer l'art. 127 pour réparer un acte d'inconduite qui lui aurait causé un préjudice : *Asbestos*, précité, par. 41-45. Il convient de noter que notre Cour n'examinait pas alors la fonction de dissuasion générale dans l'exercice de la compétence d'une commission des valeurs mobilières pour imposer des amendes et des sanctions administratives et reconnaissait que la dissuasion générale peut jouer un rôle à cet égard.

Selon le juge Braidwood, l'arrêt *Asbestos*, précité, interdit d'imposer des pénalités d'intérêt public aux fins de dissuasion générale. Avec égards, cette interprétation du juge Braidwood est erronée.

À mon avis, rien dans la compétence relative à l'intérêt public de la Commission que notre Cour a examinée dans *Asbestos*, précité, ne l'empêche de tenir compte de la dissuasion générale lorsqu'elle prononce une ordonnance. Au contraire, il est raisonnable de considérer qu'il s'agit d'un facteur pertinent, voire nécessaire, dans l'établissement d'ordonnances de nature à la fois protectrice et préventive. La juge Ryan l'a d'ailleurs reconnu dans sa dissidence : [TRADUCTION] « La notion de dissuasion générale n'est ni punitive ni réparatrice. Une pénalité qui se veut généralement dissuasive est celle qui vise à décourager ou à empêcher les autres de se livrer à de tels comportements » (par. 125).

Le *Nouveau Petit Robert* (2003) définit ainsi le mot « préventif » : « [q]ui tend à empêcher (une chose fâcheuse) de se produire ». Une pénalité qui se veut généralement dissuasive est celle qui vise à empêcher une chose de survenir; elle décourage les autres de se livrer à des actes fautifs semblables. En un mot, une mesure de dissuasion générale constitue une mesure préventive. On peut donc raisonnablement reconnaître la dissuasion générale comme un facteur pertinent, parmi d'autres, dans l'infraction d'une peine sous le régime de l'art. 162. L'importance respective du facteur de la dissuasion

59

60

61

a factor will vary according to the breach of the Act and the circumstances of the person charged with breaching the Act.

62 It may well be that the regulation of market behaviour only works effectively when securities commissions impose *ex post* sanctions that deter forward-looking market participants from engaging in similar wrongdoing. That is a matter that falls squarely within the expertise of securities commissions, which have a special responsibility in protecting the public from being defrauded and preserving confidence in our capital markets.

D. *The Commission's Order Was Reasonable*

63 Further, it was reasonable in all the circumstances for the Commission to conclude that general deterrence applies in respect of Hartvikson and Johnson's conduct. While a specific breach of the Act is required to trigger the application of s. 162, unlike s. 161, the penalty that the Commission ultimately imposes should take into account the entire context, as well as the preservation of the public interest. The public interest must be satisfied under both ss. 161 and 162, and is not restricted to situations where the Commission imposes a ban on market participation under s. 161. Where conduct could be addressed under the two sections, the Commission may use both provisions to craft the order that is most in the public interest.

64 The weight given to general deterrence will vary from case to case and is a matter within the discretion of the Commission. Protecting the public interest will require a different remedial emphasis according to the circumstances. Courts should review the order globally to determine whether it is reasonable. No one factor should be considered in isolation because to do so would skew the textured and nuanced evaluation conducted by the Commission in crafting an order in the public interest. Nevertheless, unreasonable weight given to a particular factor, including general deterrence, will

générale variera selon l'infraction à la Loi et la situation de la personne accusée de l'avoir commise.

Il se peut fort bien que la réglementation des comportements sur les marchés ne donne des résultats valables que si les commissions des valeurs mobilières infligent après coup des peines qui dissuadent les participants au marché prudents de se livrer à de tels actes fautifs. Une semblable question relève clairement du champ d'expertise des commissions des valeurs mobilières, dans leur responsabilité particulière de protéger le public contre la fraude et de maintenir la confiance dans nos marchés de capitaux.

D. *L'ordonnance de la Commission était raisonnable*

En outre, eu égard à l'ensemble des circonstances, la Commission pouvait raisonnablement conclure que la dissuasion générale s'applique à la conduite de MM. Hartvikson et Johnson. Même si, contrairement au cas de l'art. 161, une violation précise de la loi est nécessaire pour mettre en application l'art. 162, la Commission doit tenir compte du contexte global et de la protection de l'intérêt public pour déterminer en fin de compte la peine à infliger. L'intérêt public doit être pris en compte selon les art. 161 et 162, mais il ne se limite pas aux cas où la Commission prononce une interdiction de participer au marché sous le régime de l'art. 161. Lorsque la conduite en cause est visée par ces deux dispositions, la Commission peut s'appuyer sur les deux textes pour élaborer une ordonnance qui respecte le mieux possible l'intérêt public.

Le poids à donner à la dissuasion générale variera d'une affaire à l'autre et relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission. La protection de l'intérêt public exige que l'on privilégie des mesures de réparation susceptibles de varier selon les circonstances. Les tribunaux doivent examiner l'ordonnance dans son ensemble pour vérifier son caractère raisonnable. Aucun facteur ne peut être pris en considération isolément. Une telle méthode fausserait l'évaluation détaillée et nuancée qui s'impose à la Commission pour concevoir une ordonnance qui soit dans l'intérêt public. Cependant, l'attribution d'un

render the order itself unreasonable. Iacobucci J. in *Pezim, supra*, at p. 607, suggested that an example of such unreasonableness would be the exercise of the Commission's discretion in a manner that was capricious or vexatious.

In my opinion, increasing the amount of the fine is not a "vexatious or capricious" exercise of the Commission's discretion but sends a clear message to other actors in the British Columbia securities market that a breach of s. 61 will be dealt with severely, and it is rational to assume that this conduct will accordingly be deterred. The Commission stressed the seriousness of the respondents' conduct and the damage done to the integrity of the capital markets, and found that when making an order that is in the public interest, "[w]e are obliged to take whatever remedial steps we determine are appropriate to maintain the public's confidence in the fairness of our markets" (para. 14).

The Commission's order was also a reasonable one globally. The Commission weighed the aggravating and mitigating factors and determined the appropriate penalty. Hartvikson and Johnson were the primary movers behind the control group's deceitful conduct. They were the leading players in breaching s. 61 of the Act. It does not appear on the face of the Commission's reasons for making the order under s. 162 that it gave unreasonable weight to general deterrence.

The respondents argued that the Commission erred in not giving appropriate weight to the settlements reached by the other members of the control group. I disagree.

In my view, settlement agreements arrived at by co-respondents and the Executive Director are not binding on the Commission in determining the appropriate penalty for other co-respondents, although such settlements are among the relevant factors in assessing the appropriate penalty under s. 162. There is no support in the Act to find that

trop grand poids à un facteur particulier, y compris la dissuasion générale, rendrait l'ordonnance déraisonnable. Le juge Iacobucci, dans l'arrêt *Pezim*, précité, p. 607, laisse d'ailleurs entendre que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission d'une manière arbitraire ou vexatoire constituerait un cas de décision à caractère déraisonnable.

À mon avis, l'augmentation du montant de l'amende ne constitue pas un exercice « arbitraire ou vexatoire » du pouvoir discrétionnaire de la Commission, mais transmet un message clair aux autres acteurs du marché des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique, selon lequel toute violation de l'art. 61 sera sévèrement sanctionnée. Il est donc raisonnable de présumer qu'une telle conduite sera ainsi découragée. La Commission a souligné la gravité de la conduite des intimés et du préjudice porté à l'intégrité des marchés de capitaux. Selon elle, pour rendre une ordonnance qui soit dans l'intérêt public, [TRADUCTION] « [i]l nous faut prendre toutes les mesures réparatrices que nous estimons nécessaires pour maintenir la confiance du public dans l'équité de nos marchés » (par. 14).

L'ordonnance de la Commission était également raisonnable dans l'ensemble. La Commission a mis en balance les facteurs aggravants et les facteurs atténuants et déterminé la peine appropriée. MM. Hartvikson et Johnson ont été les principaux initiateurs du comportement dolosif du groupe de contrôle. Ils ont joué un rôle moteur dans la violation de l'art. 61 de la Loi. Au vu des motifs fondant son ordonnance en vertu de l'art. 162, la Commission ne paraît pas avoir accordé une importance déraisonnable à la dissuasion générale.

Les intimés ont plaidé que la Commission avait commis une erreur en n'accordant pas l'importance voulue aux ententes conclues par les autres membres du groupe de contrôle. Je ne suis pas d'accord.

À mon avis, les règlements amiables conclus par les coïntimés et le directeur général ne lient pas la Commission lorsqu'il s'agit de déterminer la pénalité applicable aux autres coïntimés, bien que ces ententes fassent partie des facteurs pertinents dans l'évaluation de la pénalité appropriée en vertu de l'art. 162. Rien dans la Loi ne permet de conclure

65

66

67

68

settlements between a party against whom enforcement proceedings are brought and the Executive Director are binding as precedent upon the Commission. Indeed, such an approach would unduly fetter the Commission's mandate to make orders in the public interest. Nor, in light of the discount accorded settlements, do they necessarily reflect the appropriate penalty in all cases.

69 Moreover, there appear to have been reasonable grounds for the Commission to impose a heavier penalty pursuant to s. 162 upon Hartvikson and Johnson than upon their co-respondents. The Commission's sanction of Hartvikson and Johnson appears to be reasonable in comparison to the settlement agreements in light of the finding by the Commission that Hartvikson and Johnson were the driving force responsible for the events described in the notice of hearing. Parity with the settlement agreements is not necessary because the Commission concluded that the respondents were more culpable than the other brokers.

70 Accordingly, the Court of Appeal erred by disregarding the Commission's findings as well as the weight the Commission gave them. The weight that the Commission attributed to general deterrence and the settlement agreements is reasonable in all the circumstances and should not be disturbed by this Court.

E. *The Court of Appeal May Substitute a Sanction*

71 The Executive Director argued that the Court of Appeal ought to have referred the question of the appropriate sanction back to the Commission once it had found its decision to be unreasonable. I conclude, however, that it would have been unnecessary under s. 167(3) for the Court of Appeal to refer the question of appropriate sanctions back to the Commission.

72 Section 167(3) of the Act provides that "[i]f an appeal is taken under this section, the Court of Appeal may direct the commission to make a decision or to perform an act that the commission is authorised and empowered to do". Section 167(3) is

que les ententes entre une partie visée par une procédure d'exécution et le directeur général constituent un précédent susceptible de lier la Commission. D'ailleurs, une telle conclusion limiterait indûment le mandat de la Commission, qui consiste à rendre des ordonnances dans l'intérêt public. Compte tenu de la réduction de la peine du fait du règlement, les ententes ne reflètent pas non plus nécessairement la pénalité applicable dans tous les cas.

En outre, la Commission paraît avoir eu des motifs raisonnables pour infliger une pénalité plus lourde à MM. Hartvikson et Johnson qu'à leurs coïntimés sous le régime de l'art. 162. La peine prononcée par la Commission à leur égard paraît raisonnable par rapport aux règlements amiables, compte tenu de sa conclusion qu'ils étaient les âmes dirigeantes responsables des événements décrits dans l'avis d'audience. La parité avec les règlements amiables ne s'impose pas, car la Commission a conclu que la culpabilité des intimés était plus grande que celle des autres courtiers.

Par conséquent, la Cour d'appel a commis une erreur en ne tenant pas compte des conclusions de la Commission et du poids que cette dernière leur a accordé. Le poids que la Commission a attribué à la dissuasion générale et aux règlements amiables est raisonnable eu égard à l'ensemble des circonstances, et la Cour ne devrait pas le modifier.

E. *La Cour d'appel peut substituer une peine*

Le directeur général a fait valoir que la Cour d'appel aurait dû renvoyer à la Commission la question de la peine appropriée dès qu'elle avait conclu que la décision de cette dernière était déraisonnable. J'estime toutefois qu'il n'aurait pas été nécessaire, selon le par. 167(3), que la Cour d'appel renvoie à la Commission la question des peines appropriées.

Le paragraphe 167(3) de la Loi prévoit que, [TRADUCTION] « [s]'il est interjeté appel en vertu de la présente disposition, la Cour d'appel peut ordonner à la Commission de prendre toute décision ou toute autre mesure que la Commission a le pouvoir

permissive and does not mandate that the Court of Appeal direct the Commission to reassess the appropriate penalty. To the contrary, on an ordinary construction, the wording of s. 167(3) would permit the Court of Appeal to direct the Commission to order a particular penalty.

This Court has interpreted a similar provision as empowering the Court of Appeal to direct the Commission to make an order; it did not require the question of penalty to be remitted to the Commission: *Hretchka v. Attorney General of British Columbia*, [1972] S.C.R. 119, at pp. 126 and 129-30. The provision at issue in *Hretchka* was s. 31(5) of the *Securities Act*, 1967, S.B.C. 1967, c. 45, as amended by S.B.C. 1968, c. 50, which is very similar to s. 167(3) of the current Act. Martland J. held that the provision did not prohibit the Court from varying the order of the Commission. Consequently, it is within the Court of Appeal's jurisdiction to order the Commission to substitute a penalty.

The Court of Appeal may itself substitute the appropriate penalty pursuant to s. 9(8)(b) of the *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 77, which provides that "if the appeal is not from the Supreme Court, the Court of Appeal has the power, authority and jurisdiction vested in the court or tribunal from which the appeal was brought".

VII. Disposition

In the result, I would allow the appeal with costs, and reinstate the Commission's order.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Lang Michener, Vancouver.

Solicitor for the intervenor: Ontario Securities Commission, Toronto.

de prendre ». Le paragraphe 167(3) est facultatif : il n'exige pas que la Cour d'appel ordonne à la Commission de réévaluer le caractère approprié de la peine. Au contraire, selon une interprétation normale, le libellé du par. 167(3) permettrait à la Cour d'appel d'enjoindre à la Commission d'infliger une peine en particulier.

La Cour a interprété une disposition semblable comme autorisant la Cour d'appel à enjoindre à la Commission de prononcer une ordonnance; elle n'a pas exigé que la question de la peine soit renvoyée à la Commission : *Hretchka c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1972] R.C.S. 119, p. 126 et p. 129-130. La disposition en litige dans *Hretchka* est le par. 31(5) de la *Securities Act*, 1967, S.B.C. 1967, ch. 45, modifiée par S.B.C. 1968, ch. 50, qui demeure très semblable au par. 167(3) de la Loi actuelle. Le juge Martland a conclu que cette disposition n'interdisait pas à la Cour de modifier l'ordonnance de la Commission. La Cour d'appel a donc compétence pour enjoindre à la Commission de substituer une peine.

La Cour d'appel peut elle-même substituer la pénalité appropriée en vertu de l'al. 9(8)b) de la *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 77, lequel dispose que [TRADUCTION] « si l'appel ne vise pas une décision de la Cour suprême, la Cour d'appel a le pouvoir, l'autorité et la compétence qui sont dévolus à la cour ou au tribunal administratif dont appel est interjeté ».

VII. Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir l'ordonnance de la Commission.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant : British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Procureurs des intimés : Lang Michener, Vancouver.

Procureur de l'intervenante : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen Appellant

v.

Jacques Fontaine Respondent

INDEXED AS: R. v. FONTAINE

Neutral citation: 2004 SCC 27.

File No.: 29198.

2003: November 6; 2004: April 22.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Criminal law — Defences — Mental disorder automatism — Trial for murder before judge and jury — Trial judge withholding defence of mental disorder automatism from jury — Nature of evidential burden — Whether accused entitled to have defence considered and decided by jury.

The accused worked as a garage mechanic. He received a call from R, a disgruntled former employee, who said, "We're coming to get you, pigs." The accused later heard from a co-worker that the victim had been offered a contract to kill both of them. Feeling that he was being watched and followed, the accused purchased a firearm. One evening, the accused thought he saw R lurking outside his home. The co-worker came by to check, but noticed nothing unusual. During the night, after smoking marijuana, the accused thought he heard someone breaking into his home. He fired the gun at doors and windows and into walls and concluded that he had shot the intruders. Seeing the victim at the garage the next day, the accused shot and killed him. Before a judge and jury, the accused pleaded mental disorder automatism. Several psychiatrists gave evidence. The judge refused to put this defence to the jury on the ground that the required evidential foundation had not been laid. The accused was convicted of first degree murder. The Court of Appeal quashed the conviction and ordered a new trial.

Sa Majesté la Reine Appelante

c.

Jacques Fontaine Intimé

RÉPERTORIÉ : R. c. FONTAINE

Référence neutre : 2004 CSC 27.

Nº du greffe : 29198.

2003 : 6 novembre; 2004 : 22 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Automatisme avec troubles mentaux — Procès pour meurtre devant juge et jury — Refus du juge du procès de soumettre au jury la défense d'automatisme avec troubles mentaux — Nature de la charge de présentation — Le moyen de défense pouvait-il être soumis à l'appréciation et à la décision du jury?

L'accusé travaillait comme mécanicien de garage. Il a reçu un appel de R, un ancien employé amer, qui lui a dit : « On descend, mes cochons. » L'accusé a appris ensuite d'un collègue de travail que quelqu'un avait offert à la victime le contrat de les tuer tous les deux. Se sentant surveillé et suivi, l'accusé a acheté une arme à feu. Un soir, l'accusé a cru voir R rôder près de sa maison. Son collègue de travail est venu jeter un coup d'œil mais n'a rien remarqué d'inhabituel. Au cours de la nuit, après avoir fumé du cannabis, l'accusé a cru entendre quelqu'un entrer chez lui par effraction. Il a tiré des coups de feu en direction des portes et des fenêtres ainsi que dans les murs, et il a cru avoir abattu les intrus. En voyant la victime au garage le lendemain, l'accusé a tiré sur lui et l'a tué. À son procès devant juge et jury, l'accusé a plaidé l'automatisme avec troubles mentaux. Plusieurs psychiatres ont témoigné au procès. Le juge a refusé d'exposer sa défense au jury au motif que le fondement probant requis faisait défaut. L'accusé a été reconnu coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Held: The appeal should be dismissed. The accused's defence of mental disorder automatism should have been put to the jury.

If there is some evidence upon which a properly instructed jury could reasonably conclude that an accused probably perpetrated the alleged criminal act in a state of automatism, the evidential burden has been discharged and the defence is in play before the jury. An "evidential burden" is not a burden of proof. It determines whether an issue should be left to the trier of fact, while the "persuasive burden" determines how the issue should be decided. These are fundamentally different questions. The first is a matter of law; the second, a question of fact. Accordingly, on a trial before judge and jury, the judge decides whether the evidential burden has been met. In answering that question, the judge does not evaluate the quality, weight or reliability of the evidence. The judge simply decides whether there is evidence upon which a properly instructed jury could reasonably decide the issue. In the case of "reverse onus" defences, such as mental disorder automatism, it is the accused who bears both the persuasive and the evidential burdens. In these defences, the persuasive burden is discharged by evidence on the balance of probabilities. As regards all affirmative defences, the evidential burden will be discharged where there is some evidence that puts the defence "in play"; the defence will be in play whenever a properly instructed jury could reasonably, on account of that evidence, conclude in favour of the accused. Where mental disorder automatism is raised as a defence, an assertion of involuntariness on the part of the accused, supported by evidence from a qualified expert which, if accepted by the jury, would tend to support that defence, will normally provide a sufficient evidentiary foundation for putting the defence to the jury. Accompanying instructions in law will make it clear to the jury that the burden remains on the accused to establish the defence to the required degree of probability.

Applying the law to the facts, the Court of Appeal did not err as to the nature of the evidential burden on a defence of mental disorder automatism, nor did it err in concluding that the accused had discharged that burden and was entitled to have his defence considered and decided by the jury. The accused gave evidence tending to establish that he was acting involuntarily at the

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. La défense d'automatisme avec troubles mentaux de l'accusé aurait dû être soumise au jury.

S'il existe une preuve permettant à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure raisonnablement qu'un accusé a probablement perpétré l'acte criminel qu'on lui reproche dans un état d'automatisme, l'accusé s'est acquitté de sa charge de présentation et l'automatisme entre en jeu devant le jury. La « charge de présentation » n'est pas la charge de la preuve. Elle détermine si une question doit être laissée au juge des faits, alors que la « charge de persuasion » détermine la façon de trancher la question. Ces deux questions sont fondamentalement différentes. La première est une question de droit; la seconde est une question de fait. Par conséquent, dans un procès devant juge et jury, le juge décide si la partie s'est acquittée de la charge de présentation. En répondant à cette question, le juge n'évalue pas la qualité de la preuve, ni sa valeur probante ou sa fiabilité. Il décide simplement s'il existe une preuve permettant à un jury ayant reçu les directives appropriées de trancher raisonnablement la question. Dans le cas d'une défense emportant « inversion du fardeau de la preuve », par exemple l'automatisme avec troubles mentaux, c'est l'accusé qui a la charge de persuasion et la charge de présentation. Dans un tel cas, une preuve selon la prépondérance des probabilités permet de satisfaire à la charge de persuasion. En ce qui concerne tous les moyens de défense affirmatifs, l'accusé s'acquitte de la charge de présentation lorsque la preuve au dossier fait « entrer en jeu » le moyen de défense; ce dernier entre en jeu chaque fois qu'un jury ayant reçu des directives appropriées peut raisonnablement, en se fondant sur cette preuve, rendre un verdict favorable à l'accusé. Lorsque l'automatisme avec troubles mentaux est invoqué en défense, le fait pour l'accusé d'alléguer le caractère involontaire de l'acte et de produire à l'appui le témoignage d'un expert compétent qui, s'il est accepté par le jury, tendrait à appuyer la défense, constituera normalement un fondement probant suffisant pour soumettre le moyen de défense au jury. Les directives données au jury sur le droit applicable préciseront qu'il incombe encore à l'accusé d'établir la défense selon le degré de probabilité exigé.

Appliquant le droit aux faits, la Cour d'appel n'a pas commis une erreur concernant la nature de la charge de présentation relative à une défense d'automatisme avec troubles mentaux, ni en concluant que l'accusé s'était acquitté de cette charge et que ce moyen de défense pouvait être soumis à l'appréciation et à la décision du jury. Le témoignage de l'accusé tendait à établir

time of the offence. He also adduced expert evidence to support his own testimony. The evidence clearly went beyond a mere allegation of the existence of a defence. It included a relatively detailed description of the accused's perception of the facts at the moment of the criminal act. The main defence expert, a psychiatrist, concluded that the accused was suffering, at the time of the offence, from a psychotic episode induced by substance abuse. According to the expert, at the relevant times the accused was "seeing things" and making pathological connections between people, situations and events. Taken as a whole, this evidence was sufficient to discharge the accused's evidential burden on his defence of mental disorder automatism.

qu'il avait agi involontairement lors de la perpétration de l'infraction. Il a présenté une preuve d'expert au soutien de son témoignage. Il est clair que la preuve ne se résumait pas à la simple allégation de l'existence d'un moyen de défense. Elle comprenait une description relativement détaillée de la perception des faits par l'accusé au moment du crime. Le principal expert cité par la défense, un psychiatre, a conclu que l'accusé traversait au moment de l'infraction un épisode psychotique provoqué par l'abus d'une drogue. Selon cet expert, au moment de l'infraction, l'accusé avait commencé à avoir des hallucinations et à établir des liens pathologiques entre des gens, des situations et des événements. Considérée dans son ensemble, cette preuve suffisait à l'accusé pour s'acquitter de sa charge de présentation relativement à sa défense d'automatisme avec troubles mentaux.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29; *R. v. Capson*, [1953] 1 S.C.R. 44; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 568, 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Cross, Rupert, and Colin Tapper. *Cross and Tapper on Evidence*, 9th ed. London: Butterworths, 1999.
McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 5th ed., vol. 2. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] R.J.Q. 613, 2 C.R. (6th) 164, [2002] Q.J. No. 395 (QL), setting aside the accused's conviction for first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Joanne Marceau and Sébastien Bergeron-Guyard, for the appellant.

Sébastien St-Laurent, for the respondent.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29; *R. c. Capson*, [1953] 1 R.C.S. 44; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 568, 686(1)(b)(iii).

Doctrine citée

Cross, Rupert, and Colin Tapper. *Cross and Tapper on Evidence*, 9th ed. London : Butterworths, 1999.
McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 5th ed., vol. 2. St. Paul, Minn. : West Group, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] R.J.Q. 613, 2 C.R. (6th) 164, [2002] J.Q. n° 395 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Joanne Marceau et Sébastien Bergeron-Guyard, pour l'appelante.

Sébastien St-Laurent, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I. Introduction

Jacques Fontaine was indicted and tried in the Quebec Superior Court on a charge of first degree murder. His sole defence of concern to us here was mental disorder automatism.

The trial judge withheld that defence from the jury on the ground that the required evidential foundation had not been laid. Fontaine was found guilty as charged.

In a unanimous decision, the Quebec Court of Appeal quashed Fontaine's conviction and ordered a new trial. Unlike the trial judge, the Court of Appeal concluded that Fontaine was entitled by law to have the merits of his defence considered and determined by the jury. More particularly, the Court of Appeal found that Fontaine, through his own evidence and that of Dr. Jacques Talbot, a psychiatrist, had discharged his evidential burden on that issue.

We are now urged, on this further appeal by the Crown, to set aside the judgment of the Court of Appeal and to restore the conviction entered at trial. The Crown contends that we are bound to do so by the decision of the Court in *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290. In the Crown's view, the trial judge — before putting the respondent's defence to the jury — was bound by *Stone* to satisfy himself that the respondent had acted involuntarily. And *Stone*, says the Crown, must be left unturned.

I would dismiss the appeal. This result is in my view dictated both by principle and by recent precedent.

Whether or not *Stone* was meant to be read as the Crown suggests, *Stone* can no longer be read that way in view of the Court's subsequent decisions,

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I. Introduction

Jacques Fontaine, accusé de meurtre au premier degré, a subi son procès devant la Cour supérieure du Québec. Sa défense d'automatisme avec troubles mentaux est le seul point en litige en l'espèce.

Le juge du procès n'a pas soumis ce moyen de défense à l'appréciation du jury au motif que le fondement probant requis faisait défaut. Monsieur Fontaine a été reconnu coupable de l'infraction dont il était accusé.

Dans une décision unanime, la Cour d'appel du Québec a annulé le verdict de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Contrairement au premier juge, la Cour d'appel a conclu que la défense d'automatisme avec troubles mentaux devait être soumise au jury afin qu'il décide de son bien-fondé. De façon plus particulière, la Cour a jugé que M. Fontaine, par son propre témoignage et celui du Dr Jacques Talbot, psychiatre, s'était acquitté de la charge de présentation qui lui incombait à cet égard.

Dans le présent pourvoi, le ministère public nous exhorte maintenant à infirmer le jugement de la Cour d'appel et à rétablir le verdict de culpabilité prononcé à l'issue du procès. Il soutient que nous sommes tenus de le faire par l'arrêt *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290. De l'avis du ministère public, avant de soumettre au jury la défense de l'intimé, le juge du procès doit se dire convaincu, comme l'exige l'arrêt *Stone*, que l'intimé avait agi involontairement. Selon le ministère public, l'arrêt *Stone* ne doit pas être écarté.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi; selon moi, les principes pertinents et la jurisprudence récente le dictent.

Que l'arrêt *Stone* ait pu ou non être interprété dans le sens préconisé par le ministère public, il ne peut plus être interprété ainsi compte tenu des

particularly *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, and *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29.

7 Here, the trial judge did not have the benefit of either *Arcuri* or *Cinous* — neither had yet been decided — and his application of *Stone* must be seen in that light.

8 Moreover, in applying *Stone* as he did, the trial judge erred understandably. First, because there is language in *Stone* that has been understood to require the kind of judicial weighing of evidence that the law, since *Cinous*, plainly prohibits. Second, were it open to the trial judge to weigh the evidence as he did, his adverse conclusion might well have been found, on the record as we have it, to be neither surprising nor unreasonable on its merits.

II. The Issues to Be — and Not to Be — Decided on This Appeal

9 I think it important to circumscribe from the outset the scope of the present appeal.

10 We are concerned with the evidential burden on a defence of mental disorder automatism and not with the “persuasive” burden on that defence.

11 An “evidential burden” is not a burden of proof. It determines whether an issue should be left to the trier of fact, while the “persuasive burden” determines how the issue should be decided.

12 These are fundamentally different questions. The first is a matter of law; the second, a question of fact. Accordingly, on a trial before judge and jury, the judge decides whether the evidential burden has been met. In answering that question, the judge does not evaluate the quality, weight or reliability of the evidence. The judge simply decides whether there

décisions subséquentes de notre Cour, en particulier les arrêts *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, et *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29.

Dans la présente affaire, le premier juge n'a pu bénéficier de l'éclairage apporté par les arrêts *Arcuri* et *Cinous* — qui n'étaient pas encore rendus — et sa décision d'appliquer l'arrêt *Stone* doit être considérée dans cette perspective.

De plus, en appliquant l'arrêt *Stone* comme il l'a fait, le juge du procès a commis une erreur compréhensible. D'abord, parce que certains passages de cet arrêt ont été interprétés comme ayant pour effet d'exiger du juge une appréciation de la preuve qui est clairement interdite depuis l'arrêt *Cinous*. Ensuite, s'il avait été loisible au juge du procès d'évaluer la preuve comme il l'a fait, on aurait fort bien pu, à partir du dossier actuel, conclure que sa décision défavorable n'était ni surprenante ni déraisonnable sur le fond.

II. Les questions qui doivent — et celles qui ne doivent pas — être tranchées dans le cadre du présent pourvoi

Il me paraît important de délimiter d'entrée de jeu la portée du présent pourvoi.

La question qui nous intéresse est la charge de présentation — et non la charge de persuasion — afférente à la défense d'automatisme avec troubles mentaux.

La « charge de présentation » n'est pas la charge de la preuve. Elle détermine si une question doit être laissée au juge des faits, alors que la « charge de persuasion » détermine la façon de trancher la question.

Ces deux questions sont fondamentalement différentes. La première est une question de droit; la seconde est une question de fait. Par conséquent, dans un procès devant juge et jury, le juge décide si la partie s'est acquittée de la charge de présentation. En répondant à cette question, le juge n'évalue pas la qualité de la preuve, ni sa valeur probante ou sa

is evidence upon which a properly instructed jury could reasonably decide the issue.

This evidential standard, unaltered in substance for at least a century, appears in the case law variously attired: “a reasonable jury acting judicially”, “a properly instructed jury acting judicially” and “a properly instructed jury acting reasonably” (*Cinous*, at para. 62); “the jury, properly instructed and acting honestly and reasonably” (*R. v. Capson*, [1953] 1 S.C.R. 44, at p. 48); “a reasonable jury acting judicially and properly instructed” (*R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37, at para. 1).

These are only some of the phrases, equivalent in substance though different in form, that appear in the governing cases. I intend no departure from that venerable and unbroken line of authority in saying that the evidential burden is discharged if there is some evidence upon which a properly instructed jury could reasonably decide the issue. Similar expressions that appear throughout are likewise meant to describe a single concept, the “evidential burden” in a criminal trial.

As we shall see, the trial judge in this case decided that the respondent had not discharged the evidential burden on his defence of mental disorder automatism.

The persuasive burden on that defence is not in issue and we are not required to determine whether the respondent discharged that burden here. It was for the jury to make this determination, pursuant to its own appreciation of the evidence and in the light of appropriate instructions in law — assuming, of course, that the required evidential foundation is found to have been laid.

Nor are we concerned with the evidential or the persuasive burden on a defence of non-mental disorder automatism — that defence is not in issue on the appeal — or with other aspects of the decision in

fiabilité. Il décide simplement s'il existe une preuve permettant à un jury ayant reçu les directives appropriées de trancher raisonnablement la question.

Cette norme de preuve, qui n'a pas changé pour l'essentiel depuis au moins un siècle, est formulée de diverses façons dans la jurisprudence : « un jury raisonnable agissant judiciairement », « un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement », « un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement » (*Cinous*, par. 62), [TRADUCTION] « le jury ayant reçu des directives appropriées et agissant honnêtement et raisonnablement » (*R. v. Capson*, [1953] 1 R.C.S. 44, p. 48), « un jury raisonnable, agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées » (*R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 1).

Il ne s'agit là que de quelques-unes des expressions, de sens équivalent quoique rédigées différemment, que l'on trouve dans la jurisprudence pertinente. Je n'entends pas rompre avec ce courant jurisprudentiel vénérable et constant en affirmant que la partie s'acquitte de la charge de présentation s'il existe une preuve permettant à un jury ayant reçu des directives appropriées de trancher raisonnablement la question. Les expressions semblables qui apparaissent dans les présents motifs visent ainsi à décrire une même notion, la « charge de présentation » dans un procès criminel.

Comme nous le verrons, le premier juge a décidé en l'espèce que l'intimé ne s'était pas acquitté de la charge de présentation à l'égard de la défense d'automatisme avec troubles mentaux.

La charge de persuasion à l'égard de ce moyen de défense n'est pas en cause et nous ne sommes pas appelés à décider si l'intimé s'en est acquitté en l'espèce. Cette décision incombe au jury, à partir de son appréciation de la preuve et à la lumière de justes directives en droit — en supposant, bien sûr, que l'on ait conclu à la présence du fondement probant requis.

Nous ne sommes pas non plus appelés à examiner la charge de présentation ou la charge de persuasion relative à une défense d'automatisme sans troubles mentaux — ce moyen de défense n'est pas en

13

14

15

16

17

Stone. More particularly, we are not concerned with the effect, where automatism is raised as a defence, of s. 16(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides that “[e]very person is presumed not to suffer from a mental disorder . . .”.

18 Finally, we have not been asked to consider whether the defence of mental disorder, as distinct from the defence of mental disorder automatism, ought to have been put to the jury.

19 Only two issues are before us:

- (1) Did the Court of Appeal err in law as to the nature of the evidential burden on a defence of mental disorder automatism?
- (2) Did the Court of Appeal err in law in concluding that the respondent had discharged that burden in this case and was therefore entitled to have his defence considered — and decided — by the jury?

20 As already indicated, I would resolve both issues in the respondent's favour and, accordingly, dismiss the appeal.

III. Facts

21 At the time of the offence, the respondent, Fontaine, worked “under the table” as a garage mechanic. On February 10, 1999, he received a call from Jules Renaud, a disgruntled former employee, who said, [TRANSLATION] “We're coming to get you, pigs.”

22 Two days later, Robert Dompierre, the victim, appeared at the garage and told Benoît Randall, who worked there with Fontaine, that someone had tried to hire him to murder both Randall and Fontaine. He told Randall as well that there was [TRANSLATION] “a contract out on their heads”. Randall later that day shared this information with Fontaine.

cause en l'espèce — ni à examiner d'autres aspects de l'arrêt *Stone*. En particulier, nous ne sommes pas appelés à examiner l'effet, lorsque l'automatisme est invoqué en défense, du par. 16(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui dispose que « [c]hacun est présumé ne pas avoir été atteint de troubles mentaux . . . ».

Enfin, on ne demande pas à notre Cour d'examiner si la défense de troubles mentaux, distincte de la défense fondée sur l'automatisme avec troubles mentaux, aurait dû être soumise au jury.

Seulement deux questions doivent être tranchées :

- (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit concernant la nature de la charge de présentation relative à une défense d'automatisme avec troubles mentaux?
- (2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'intimé s'était acquitté de cette charge en l'espèce et que ce moyen de défense pouvait donc être soumis à l'appréciation — et à la décision — du jury?

Comme je l'ai mentionné précédemment, je suis d'avis de trancher les deux questions en faveur de l'intimé et, par conséquent, de rejeter le pourvoi.

III. Les faits

Au moment de l'infraction, l'intimé, M. Fontaine, travaillait au noir comme mécanicien de garage. Le 10 février 1999, il a reçu un appel d'un ancien employé amer, Jules Renaud, qui lui a dit : « On descend, mes cochons. »

Deux jours plus tard, la victime, Robert Dompierre, s'est présentée au garage et a dit à Benoît Randall, qui travaillait avec M. Fontaine, que quelqu'un avait tenté de retenir ses services pour les assassiner, lui et M. Fontaine, et qu'il y avait « un contrat sur leur tête ». Plus tard dans la journée, M. Randall a communiqué cette information à M. Fontaine.

On February 14, 1999, Fontaine and his girlfriend, Diane Boulé, went to a meeting. Fontaine and Boulé testified that four men were watching him there and two of them followed him into the washroom, where he had gone to smoke marijuana.

Upon leaving the meeting, Fontaine used his remote starter lest an explosive device had been installed in his car. Fontaine then advised Randall that he had been followed. Together, they purchased a firearm.

That same evening, Fontaine saw Renaud lurking outside his home. He called Randall, who came by but noticed nothing unusual. During the night, Fontaine again smoked marijuana. At around four o'clock in the morning, he thought he heard someone breaking into his home. He fired his gun at the doors and windows and into the walls. Fontaine later told his girlfriend and Randall that he thought he had shot some nocturnal intruders.

Later that morning, Dompierre came to the garage to pay a debt he owed the proprietor. Seeing Dompierre approach, Fontaine grabbed his gun and shot Dompierre twice. Dompierre attempted to flee. Fontaine followed him outside, fired five more shots in his direction and wounded him fatally.

Fontaine fled the scene but later turned himself in to the police.

During his interrogation, Fontaine claimed that he had shot Dompierre to prevent Dompierre from carrying out the "contract on his [Fontaine's] head".

At trial, Fontaine's defence was mental disorder automatism. He testified that he had acted involuntarily and related in detail the circumstances that gave rise to his state of mind at the time of the offence. He explained that he had "frozen" and had only a partial recollection of the facts concerning the murder of Dompierre.

Several psychiatric experts also gave evidence. Dr. Richard Laliberté testified that Fontaine had

23 Le 14 février 1999, M. Fontaine et sa copine, Diane Boulé, se sont rendus à une réunion. Les deux ont témoigné que quatre hommes les avaient observés et que deux d'entre eux avaient suivi M. Fontaine à la salle de bains, où il était allé fumer du cannabis.

24 Au moment de quitter les lieux, M. Fontaine a utilisé son démarreur à distance au cas où un engin explosif aurait été installé dans son véhicule. Il a ensuite informé M. Randall qu'il avait été suivi. Ensemble, ils ont acheté une arme à feu.

25 Le même jour, dans la soirée, M. Fontaine a vu M. Renaud rôder près de chez lui. Il a téléphoné à M. Randall, qui s'est rendu chez lui mais n'a rien remarqué d'inhabituel. Au cours de la nuit, M. Fontaine a de nouveau fumé du cannabis. Vers quatre heures, il a cru entendre quelqu'un entrer chez lui par effraction. Il a tiré des coups de feu en direction des portes et des fenêtres, ainsi que dans les murs. Il a dit par la suite à sa copine et à M. Randall qu'il pensait avoir abattu des intrus.

26 Plus tard dans la matinée, M. Dompierre est venu au garage acquitter la somme qu'il devait au propriétaire. Le voyant s'approcher, M. Fontaine a saisi son arme et a tiré sur lui à deux reprises. M. Dompierre a tenté de s'enfuir, mais M. Fontaine l'a suivi à l'extérieur, a tiré cinq autres coups dans sa direction, le blessant mortellement.

27 M. Fontaine a pris la fuite, mais il s'est rendu par la suite à la police.

28 Au cours de son interrogatoire, M. Fontaine a soutenu avoir abattu M. Dompierre pour l'empêcher d'exécuter le « contrat sur sa tête ».

29 Au procès, M. Fontaine a invoqué en défense l'automatisme avec troubles mentaux. Il a dit avoir agi involontairement et il a raconté en détail les circonstances à l'origine de son état d'esprit au moment du crime. Il a expliqué qu'il avait « figé » et qu'il ne se rappelait qu'en partie les circonstances du meurtre de M. Dompierre.

30 Plusieurs psychiatres ont témoigné à titre d'experts. Le Dr Richard Laliberté a déposé que

smoked marijuana excessively during the weeks leading up to the murder. According to Dr. Laliberté, certain aspects of Fontaine's story were indicative of paranoid delusions, though it was difficult to determine with certainty whether Fontaine's story was real or delusional.

31 Dr. Bruno Laplante, another psychiatrist, testified that Fontaine suffered from a chronic antisocial personality disorder and acute paranoid delusions, but did not fall within s. 16 of the *Criminal Code*.

32 Dr. Jacques Talbot, also a psychiatrist, was the main defence expert. He presented two reports. In the first, he concluded that Fontaine had a psychological condition characterized by delusions. These could be triggered by a chemical substance, including marijuana. Dr. Talbot found that it was difficult to determine to what extent Fontaine's belief that his life was in danger was fact-driven and to what extent it was delusional.

33 In his second report, which he adopted in his testimony, Dr. Talbot stated that Fontaine, at the time of the shooting, was in a psychotic state triggered by substance abuse. This episode, according to Dr. Talbot, had begun several days earlier and ended several days afterward. Dr. Talbot concluded that a major psychological problem had so affected Fontaine's judgment that he was unable to differentiate right from wrong.

34 Finally, Dr. Sylvain Faucher, yet another psychiatrist, testified for the Crown, in reply, that Fontaine was not psychotic at the time of the murder and was not psychotic at any time in 1999.

IV. Judicial History

A. Quebec Superior Court

35 In February 2000, Fontaine was tried by a judge and jury for the first degree murder of Robert

M. Fontaine avait fait un usage exagéré du cannabis au cours des semaines ayant précédé le meurtre. Selon le Dr Laliberté, certains aspects de la version des faits donnée par M. Fontaine permettaient de conclure à un délire paranoïde, même s'il était difficile de dire avec certitude si son récit s'appuyait sur la réalité ou s'il relevait du délire.

Un autre psychiatre, le Dr Bruno Laplante, a témoigné que M. Fontaine était atteint, sur une base chronique, d'un trouble de la personnalité antisociale et, de manière plus aiguë, d'un trouble délirant paranoïaque, mais que l'art. 16 du *Code criminel* ne s'appliquait pas à son cas.

Également psychiatre, le Dr Jacques Talbot a été le principal témoin expert de la défense. Il a présenté deux rapports. Dans le premier, il a conclu que M. Fontaine présentait un état psychotique caractérisé par des convictions délirantes. Celles-ci peuvent être déclenchées par une substance chimique, y compris le cannabis. Le Dr Talbot a conclu qu'il était difficile de déterminer dans quelle mesure la conviction de M. Fontaine selon laquelle sa vie était en danger s'appuyait sur les faits et dans quelle mesure elle était le fruit d'un délire.

Dans son deuxième rapport, sur lequel il s'est fondé durant son témoignage, le Dr Talbot affirme que, au moment où il a tiré, M. Fontaine traversait un épisode de psychose provoquée par l'abus de cannabis. Selon lui, cet épisode psychotique avait débuté quelques jours avant la fusillade et avait pris fin quelques jours après celle-ci. Le Dr Talbot a conclu qu'un trouble psychologique grave avait à ce point perturbé le jugement de M. Fontaine qu'il n'était plus en mesure de distinguer le bien du mal.

Enfin, un autre psychiatre, le Dr Sylvain Faucher, a témoigné pour le ministère public en contrepreuve. Selon lui, M. Fontaine n'était pas atteint de psychose au moment du meurtre ni à quelque autre moment que ce soit en 1999.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. Cour supérieure du Québec

En février 2000, M. Fontaine a été jugé devant juge et jury pour le meurtre au premier degré de

Dompiere. The trial judge instructed the jury that the facts did not give rise to the defences of mental disorder automatism or non-mental disorder automatism.

Fontaine was found guilty of first degree murder the next day and sentenced to life imprisonment.

The trial judge had earlier denied a request by Fontaine's counsel that he put the defence of mental disorder automatism to the jury. The trial judge first stated that *Stone, supra*, set out the factors to be considered in determining whether the accused had discharged his evidential burden. He then proceeded to weigh the expert evidence adduced before him in that light.

In the trial judge's view, Dr. Talbot's evidence was based largely on the facts as recounted by the accused and had been contradicted by the evidence of Drs. Faucher, Laliberté and Laplante.

The trial judge explained in these terms his decision to withhold from the jury the respondent's defence of automatism and, generally, any defence under s. 16 of the *Criminal Code*:

[TRANSLATION] Whereas Dr. Talbot gave expert evidence in his testimony, and that expert opinion was in very large part based on the facts as recounted to him by the accused;

Whereas that evidence was contradicted by the testimony of Dr. Faucher and the expert opinions of Drs. Laliberté and Laplante;

Whereas even the accused's own testimony contained significant contradictions on a number of points and lent little credibility to his claims;

Whereas the triggering event in this case cannot be characterized as a traumatic psychological blow, given the accused's own admission to the effect that he was not afraid, and that his stress was also caused by his being on social assistance;

Whereas the accused had no medical history of automatistic-like dissociative states that would corroborate his claim of automatism;

Robert Dompiere. Dans son exposé au jury, le juge du procès a dit que les faits ne permettaient pas d'invoquer les défenses d'automatisme avec troubles mentaux ou d'automatisme sans troubles mentaux.

Le lendemain, M. Fontaine a été reconnu coupable de meurtre au premier degré et a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

Le juge du procès avait auparavant refusé d'accéder à la demande de l'avocat de M. Fontaine de soumettre au jury la défense d'automatisme avec troubles mentaux. Il a tout d'abord dit que larrêt *Stone*, précité, énonçait les facteurs à prendre en considération pour décider si l'accusé s'était acquitté de sa charge de présentation. Puis, à la lumière de ces facteurs, il a évalué les témoignages des experts entendus.

Selon le juge de première instance, l'opinion du Dr Talbot s'appuyait en grande partie sur les faits relatés par l'accusé et était contredite par les éléments de preuve fournis par les Drs Faucher, Laliberté et Laplante.

Le juge du procès a expliqué comme suit sa décision de ne pas soumettre au jury la défense d'automatisme et, de manière générale, tout moyen fondé sur l'art. 16 du *Code criminel* :

Considérant la preuve d'expert résultant du témoignage du docteur Talbot, et prenant en compte que son opinion prend appui [sic] pour une très large part dans les faits tels qu'ils lui ont été contés par l'accusé;

Considérant que cette expertise est contrée par le témoignage du docteur Faucher et les expertises des docteurs Laliberté et Laplante;

Considérant que le témoignage même de l'accusé est porteur de contradictions importantes sur plusieurs aspects, et qu'il n'apporte que peu de vraisemblance à l'allégation qu'il soutient;

Considérant que l'élément déclencheur ne peut être reconnu comme un choc psychologique traumatisant compte tenu de l'aveu même de l'accusé à l'effet qu'il n'avait pas peur et que son stress originait aussi de l'aide sociale;

Considérant que l'automatisme allégué n'a pas été corroboré par des antécédents médicaux d'états de dissociation apparentés à l'automatisme;

36

37

38

39

Whereas bystanders who were able to observe the accused's state before, during and even after the events in question all agreed that he was extremely nervous and did not show any symptoms that would lead one to believe that he was impaired by the effects of cannabis;

Whereas the evidence as a whole points to the existence of a motive, that is, a contract out on the accused's life, which would mean that the trigger for the alleged automatism was the victim himself;

Whereas under these circumstances, the accused's alleged mental disorder automatism is not supported by the evidence, and I can see no evidence that would allow a properly instructed jury to conclude, on a balance of probabilities, that the accused acted involuntarily;

Whereas I arrive at the same conclusion for the same reasons with respect to a claim of non-mental disorder automatism;

FOR THESE REASONS:

There are no grounds to instruct the jury as requested by the accused with regard to s. 16 of the *Criminal Code* of Canada.

B. *Quebec Court of Appeal* (2002), 2 C.R. (6th) 164

40 In March 2002, the Quebec Court of Appeal quashed Fontaine's conviction and ordered a new trial.

41 Writing for the court, Rousseau-Houle J.A. reviewed the evidence in some detail, considered the governing authorities, including *Stone*, and concluded that the trial judge had erred in refusing to put the accused's defence of mental disorder automatism to the jury.

42 In her view, Dr. Talbot's opinion rested for the most part on the evidence adduced at trial. It was true that the accused's troubled state may have resulted in part from events that were real and not imagined, but this did not mean that Dr. Talbot's conclusion regarding the accused's delusional paranoid disorder could be disregarded by the judge.

43 Rousseau-Houle J.A. noted the accused's insistence under oath that he would never have killed the

Considérant que les observateurs qui ont pu constater l'état de l'accusé avant le fait, au moment des incidents, et même après, sont unanimes pour affirmer qu'il était tout au plus extrêmement nerveux, et qu'il ne présentait guère de symptômes permettant de croire à l'affaiblissement de ses facultés par l'effet du cannabis;

Considérant que de l'ensemble de la preuve se dégage l'existence d'un mobile, le contrat donné sur sa tête, qui fait en sorte que l'élément déclencheur de l'automatisme allégué serait la victime elle-même;

Considérant que tout cela étant, l'allégation d'automatisme avec troubles mentaux de la part de l'accusé n'est pas supportée par la preuve et ne peut me convaincre de l'existence d'une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement;

Considérant que j'en arrive à la même conclusion et pour les mêmes motifs en ce qui concerne une allégation d'automatisme sans troubles mentaux;

PAR CES MOTIFS :

Il n'y a pas lieu de soumettre au jury les directives en droit sollicitées par l'accusé en regard des dispositions de l'article 16 du *Code criminel* du Canada.

B. *Cour d'appel du Québec* (2002), 2 C.R. (6th) 164

En mars 2002, la Cour d'appel du Québec a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

S'exprimant au nom de la Cour d'appel, la juge Rousseau-Houle a examiné la preuve en détail, elle a analysé la jurisprudence applicable, y compris larrêt *Stone*, puis a conclu que le premier juge avait eu tort de refuser de soumettre au jury la défense d'automatisme avec troubles mentaux.

À son avis, l'opinion du Dr Talbot prenait appui pour une large part sur les faits mis en preuve au procès. Certes, l'état psychique de l'accusé avait pu résulter en partie d'événements réels et non imaginaires, mais le juge de première instance ne pouvait pas pour autant faire abstraction de la conclusion du Dr Talbot concernant le trouble délirant paranoïde dont était atteint l'accusé.

La juge Rousseau-Houle a signalé que, dans son témoignage sous serment, l'accusé a maintenu qu'il

victim, whom he knew, had his judgment not been so profoundly disturbed by exhaustion, by consumption of drugs and by his psychotic state. She referred in this regard to the confirmatory evidence of Dr. Talbot.

Rousseau-Houle J.A. noted as well that Bastarache J., in *Stone*, *supra*, at para. 189, had emphasized that a medical history of automatistic-like dissociative states was not “a requirement for the defence to meet its evidentiary burden”, but merely a relevant factor.

Rousseau-Houle J.A. then added, at paras. 58-59:

[TRANSLATION] While I am aware that the law respecting automatism is rightly mindful of public safety and order, and that an accused's claim that he or she was not in control of his or her actions cannot be accepted lightly, I am of the view that in the case at bar the trial judge should have concluded that there was enough evidence to allow a properly instructed jury to decide on a balance of probabilities whether the [accused] acted involuntarily, and that the trial judge should have decided which form of automatism defence should have been put to the jury.

Parliament has decided that the task of weighing the credibility of such a defence is best left to the jury. This principle was affirmed in *R. v. Corbett*, [[1988] 1 S.C.R. 670, at p. 693:] “... until the paradigm is altered by Parliament, the court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them”.

It was for these reasons, essentially, that the Court of Appeal allowed Fontaine's appeal, quashed his conviction, and ordered a new trial.

Fontaine's only ground of appeal, I repeat, was that the trial judge had erred in refusing to put his defence of mental disorder automatism to the jury. The judge's decision not to put the defence of mental disorder, as I mentioned earlier, is thus not in issue before us.

n'aurait jamais tué la victime — qu'il connaissait — si son jugement n'avait pas été à ce point perturbé par l'épuisement, le cannabis et la psychose. Elle a fait état à cet égard du témoignage corroborant du Dr Talbot.

La juge Rousseau-Houle a également mentionné que, dans l'arrêt *Stone*, précité, par. 189, le juge Bastarache avait souligné que des antécédents médicaux d'états de dissociation apparentés à l'automatisme n'étaient pas « nécessaires pour que la défense s'acquitte de la charge de présentation qui lui incombe », mais constituaient simplement un facteur à prendre en considération.

La juge Rousseau-Houle a alors ajouté aux par. 58-59 :

Bien que je soit consciente que le droit en matière d'automatisme se soucie à juste titre de la sécurité et de l'ordre publics et qu'il convient de ne pas accepter facilement la prétention d'un accusé que sa conduite était incontrôlable, je suis d'avis qu'en l'espèce le juge de première instance aurait dû conclure qu'il existait une preuve qui permettait à un jury ayant reçu les directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que [l'accusé] avait agi involontairement et décider de la forme d'automatisme qui devrait être soumise à l'appréciation du jury.

C'est au jury que le législateur a confié la tâche d'évaluer la crédibilité d'un tel moyen de défense et, comme il a été affirmé dans *R. c. Corbett*, [[1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 693 :] « (...) tant que le législateur n'aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s'abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d'accomplir la tâche qui leur est assignée ».

C'est essentiellement pour ces motifs que la Cour d'appel a accueilli l'appel de M. Fontaine, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

Le seul moyen d'appel de M. Fontaine, je le répète, était que le juge du procès avait à tort refusé de soumettre au jury la défense d'automatisme avec troubles mentaux. Comme je l'ai déjà indiqué, la décision du juge d'écartier le moyen fondé sur les troubles mentaux n'est donc pas en litige.

44

45

46

47

V. Discussion

A. *The Law*

(1) The Governing Principles

48 Under our system of trial by judge and jury, the judge decides all questions of law and delimits the issues of fact to be considered and determined by the jury. To avoid manifest unfairness and undue confusion, no issues will be put to the jury in the absence of a sufficient evidential foundation.

49 In determining whether the required evidential foundation exists, it will be helpful to first consider the incidence and nature of the burden of proof on the issue concerned.

50 Dealing recently with this issue in the context of directed verdicts of acquittal, McLachlin J. (now C.J.) reaffirmed in the clearest of terms that the evidential burden is a function of the persuasive burden on the issue of guilt — and, presumably, on other issues as well. Writing for herself and Major J. in *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, McLachlin J., dissenting on other grounds, stated, at para. 35:

... “sufficient evidence” must mean sufficient evidence to sustain a verdict of guilt beyond a reasonable doubt; merely to refer to “sufficient evidence” is incomplete since “sufficient” always relates to the goal or threshold of proof beyond a reasonable doubt. This must constantly be borne in mind when evaluating whether the evidence is capable of supporting the inferences necessary to establish the essential elements of the case. [Emphasis added.]

51 American and English authorities are to the same effect: see *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 2, at p. 417; *Cross and Tapper on Evidence* (9th ed. 1999), at p. 138.

52 In some instances, the proponent of an issue bears both the persuasive and the evidential burdens. But this is not invariably the case.

V. Analyse

A. *Le droit*

(1) Les principes applicables

Dans notre système de procès devant juge et jury, le juge dispose de toutes les questions de droit et délimite les questions de fait que le jury devra examiner et trancher. Afin d'éviter toute injustice flagrante ou confusion injustifiée, aucune question n'est soumise au jury si elle n'a pas un fondement probant suffisant.

Pour déterminer si le fondement probant requis existe, il sera utile d'examiner d'abord l'incidence et la nature du fardeau de preuve à l'égard de la question en cause.

La juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a traité récemment de cette question dans le contexte des verdicts imposés d'acquittement. Elle a alors réitéré dans les termes les plus clairs que la charge de présentation est une fonction de la charge de persuasion applicable à la question de la culpabilité — et, il faut le supposer, à d'autres questions aussi. Dans ses motifs auxquels a souscrit le juge Major dans l'arrêt *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, la juge McLachlin, dissidente pour d'autres motifs, a affirmé ce qui suit, au par. 35 :

... l'expression « éléments de preuve suffisants » doit s'entendre d'éléments de preuve suffisants pour étayer un verdict de culpabilité hors de tout doute raisonnable; la simple mention d'« éléments de preuve suffisants » est incomplète étant donné que « suffisants » se rapporte toujours à l'objectif ou au seuil de preuve hors de tout doute raisonnable. Il faut toujours avoir cela à l'esprit en évaluant si la preuve est susceptible d'étayer les inférences nécessaires pour établir les éléments essentiels de l'infraction. [Je souligne.]

Tant la doctrine américaine que la doctrine britannique vont dans le même sens : voir *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 2, p. 417, et *Cross and Tapper on Evidence* (9^e éd. 1999), p. 138.

Dans certains cas, et la charge de persuasion et la charge de présentation incombent à celui qui soulève une question. Mais il n'en est pas toujours ainsi.

On the ultimate issue of guilt, the Crown bears both burdens. The Crown's persuasive burden on this issue can only be discharged by proof beyond a reasonable doubt. Accordingly, as McLachlin J. explained in *Charemski, supra*, the case against the accused cannot go to the jury unless there is evidence in the record upon which a properly instructed jury could rationally conclude that the accused is guilty beyond a reasonable doubt.

In the case of "reverse onus" defences, such as mental disorder automatism, it is the accused who bears both the persuasive and the evidential burdens. Here, the persuasive burden is discharged by evidence on the balance of probabilities, a lesser standard than proof beyond a reasonable doubt. Reverse onus defences will therefore go to the jury where there is any evidence upon which a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably conclude that the defence has been established in accordance with this lesser standard.

With respect to all other "affirmative" defences, including alibi, duress, provocation and others mentioned in *Cinous*, at para. 57, the persuasive and the evidential burdens are divided.

As regards these "ordinary", as opposed to "reverse onus" defences, the accused has no persuasive burden at all. Once the issue has been "put in play" (*R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443), the defence will succeed unless it is disproved by the Crown beyond a reasonable doubt. Like all other disputed issues, however, defences of this sort will only be left to the jury where a sufficient evidential basis is found to exist. That foundation cannot be said to exist where its only constituent elements are of a tenuous, trifling, insignificant or manifestly unsubstantive nature: there must be evidence in the record upon which a properly instructed jury, acting

En ce qui concerne la question ultime de la culpabilité, les deux charges incombent au ministère public. Ce dernier ne peut s'acquitter de sa charge de persuasion qu'en offrant une preuve hors de tout doute raisonnable. Par conséquent, comme l'a expliqué la juge McLachlin dans l'arrêt *Charemski*, précité, la preuve contre l'accusé ne peut être soumise au jury que si le dossier renferme des éléments de preuve permettant à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure rationnellement que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable.

Dans le cas d'une défense emportant « inversion du fardeau de la preuve », par exemple l'automatisme avec troubles mentaux, c'est l'accusé qui a la charge de persuasion et la charge de présentation. Dans un tel cas, une preuve selon la prépondérance des probabilités permet de satisfaire à la charge de persuasion; il s'agit d'une norme de preuve moins exigeante que la preuve hors de tout doute raisonnable. Les défenses emportant inversion du fardeau de la preuve seront donc soumises au jury dès qu'il y a un élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement de conclure raisonnablement que l'application du moyen de défense a été établie selon cette norme moins exigeante.

Pour ce qui est de tous les autres moyens de défense dits « affirmatifs », dont l'alibi, la contrainte, la provocation et les autres moyens mentionnés au par. 57 de l'arrêt *Cinous*, la charge de persuasion et la charge de présentation sont scindées.

En ce qui concerne ces moyens de défense « ordinaires », par opposition aux moyens de défense emportant « inversion du fardeau de la preuve », aucune charge de persuasion n'incombe à l'accusé. Dès que la preuve « fait jouer » le moyen de défense invoqué (*R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443), celui-ci sera retenu à moins que son application ne soit réfutée hors de tout doute raisonnable par le ministère public. Cependant, comme toute autre question litigieuse, les moyens de défense de ce genre ne seront soumis au jury que s'il existe un fondement probant suffisant. On ne peut affirmer que ce fondement existe lorsque ses seuls éléments constitutifs

53

54

55

56

judicially, could entertain a reasonable doubt as to the defence that has been raised.

57 From a theoretical point of view, “reverse onus” defences and “ordinary affirmative defences” may thus be thought to be subject to different evidential burdens. But in this as in other branches of the law, pure logic must yield to experience and, without undue distortion of principle, to a more practical and more desirable approach. In determining whether the evidential burden has been discharged on any defence, trial judges, as a matter of judicial policy, should therefore always ask the very same question: Is there in the record any evidence upon which a reasonable trier of fact, properly instructed in law and acting judicially, could conclude that the defence succeeds?

58 This requirement of a sufficient evidential foundation aims primarily to avoid wrongful convictions and unwarranted acquittals, while at the same time leaving it to the jury to discharge the responsibilities that are by law within its exclusive domain.

59 It must be remembered in this latter regard that any person charged in Canada with an offence punishable by imprisonment for five years or more is constitutionally entitled to “the benefit of trial by jury”: see s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. And where the accused elects to be tried by a judge alone, the Attorney General may nonetheless require a jury trial if the offence charged is punishable by more than five years’ imprisonment: *Criminal Code*, s. 568.

60 Like Arbour J., I think it appropriate to underline here the importance of “afford[ing] the jury the opportunity to pronounce on every factual issue” for which the required evidential foundation has been laid (*Cinous*, at para. 196).

sont tenus, insignifiants ou manifestement négligeables : il faut au dossier des éléments de preuve propres à permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement de conserver un doute raisonnable quant au moyen de défense soulevé.

En théorie, on peut donc estimer que les moyens de défense emportant « inversion du fardeau de la preuve » et les « moyens de défense affirmatifs ordinaires » sont assujettis à des charges de présentation différentes. Mais là comme dans d’autres domaines du droit, la logique pure doit céder le pas à l’expérience et, s’il n’y a pas autre mesure entorse aux principes, à une démarche plus pratique et plus indiquée. En déterminant si la partie s’est acquittée de la charge de présentation à l’égard de tout moyen de défense, le juge du procès devrait donc toujours, en tant que politique judiciaire, poser la même question : Existe-t-il au dossier une preuve qui permettrait à un juge des faits raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement, de conclure que le moyen de défense est retenu?

L’existence d’un fondement probant suffisant est exigée avant tout pour éviter les déclarations de culpabilité erronées et les acquittements injustifiés, tout en réservant au jury les responsabilités qui, aux termes de la loi, lui incombent exclusivement.

Relativement à ce dernier point, il convient de se rappeler que toute personne accusée au Canada d’une infraction punissable d’une peine d’emprisonnement de cinq ans ou plus a le droit constitutionnel « de bénéficier d’un procès avec jury » : voir l’al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, lorsque l’accusé opte pour un procès devant juge seul, le procureur général peut néanmoins exiger un procès par jury si l’infraction est punissable d’un emprisonnement de plus de cinq ans : *Code criminel*, art. 568.

À l’instar de la juge Arbour, je crois qu’il convient de souligner ici l’importance de « permettre au jury de se prononcer sur chacune des questions de fait » pour lesquelles le fondement probant requis existe (*Cinous*, par. 196).

And I agree with her as well (at para. 200) that:

[T]he cost of risking a wrongful conviction and possibly violating the accused's constitutionally protected rights by inadvisably withdrawing a defence from the jury is a high one.

(2) The Evidential Standard Applicable to Automatism

With these principles in mind, I turn now to *Stone*, *Arcuri*, and *Cinous*, all previously cited.

In matters of precedent, last things must be taken first, and I therefore begin with the joint reasons of McLachlin C.J. and Bastarache J. in *Cinous* before considering the reasons of Bastarache J., speaking for the majority, in *Stone*.

(i) *The Evidential Threshold Applicable to all Defences in Light of Cinous*

The issue in *Cinous* was whether self-defence should have been left with the jury. The Chief Justice and Bastarache J. answered that question in the negative on the ground that the evidential burden for self-defence had not been discharged. L'Heureux-Dubé and LeBel JJ. concurred. Gonthier and Binnie JJ. likewise agreed with the reasons and the conclusion of the Chief Justice and Bastarache J., but added brief additional reasons of their own.

In concluding as they did, the Chief Justice and Bastarache J. stated, at para. 49:

The test [for determining whether an evidential burden has been satisfied] is whether there is evidence on the record upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit. [References omitted.] This long-standing formulation of the threshold question for putting defences to the jury accords with the nature and purpose of the air of reality test. We consider that there is nothing to be gained by altering the current state of the law, in which a single clearly-stated test applies to all defences.

Je fais également miens les propos suivants de la juge Arbour (par. 200) :

[S]i on soustrait de façon inopportun une moyen de défense à l'appréciation du jury, cela risque fortement d'entraîner une déclaration de culpabilité injustifiée et une atteinte aux droits que la Constitution garantit à l'accusé.

(2) La norme de preuve applicable à l'automatisme

Sous l'éclairage de ces principes, j'aborde maintenant les arrêts *Stone*, *Arcuri* et *Cinous*, précités.

En matière de jurisprudence, les décisions les plus récentes ont préséance, et je vais donc commencer par les motifs conjoints de la juge en chef McLachlin et du juge Bastarache dans l'arrêt *Cinous*, avant d'examiner ceux exposés par le juge Bastarache au nom de la majorité dans l'arrêt *Stone*.

(i) *La norme de preuve applicable à tous les moyens de défense à la lumière de l'arrêt Cinous*

Dans l'affaire *Cinous*, la question en litige était celle de savoir si le moyen fondé sur la légitime défense aurait dû être soumis au jury. La juge en chef McLachlin et le juge Bastarache ont répondu par la négative, au motif que l'accusé ne s'était pas acquitté de la charge de présentation de ce moyen de défense. Les juges L'Heureux-Dubé et LeBel ont souscrit à ces motifs. Les juges Gonthier et Binnie ont également souscrit aux motifs et à la conclusion de la juge en chef McLachlin et du juge Bastarache, mais en apportant quelques précisions.

Pour arriver à leur conclusion, la juge en chef McLachlin et le juge Bastarache ont écrit ceci, au par. 49 :

Il s'agit [pour décider si une partie s'est acquittée de sa charge de présentation] de déterminer si la preuve versée au dossier permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l'acquittement. [Citations omises.] Cette formulation de longue date de la question préliminaire à laquelle il faut répondre avant de soumettre un moyen de défense au jury s'accorde avec la nature et l'objet du critère de la vraisemblance. Nous estimons qu'il n'y aurait aucun

[References omitted.] There is no need to invent a new test, to modify the current test, or to apply different tests to different classes of cases. [Emphasis added.]

- 66 The Chief Justice and Bastarache J. later reiterated, at para. 57, that “a single air of reality test applies to all defences”. After citing instances in which the test has been applied, they added that “[a]dopting different evidential standards for different classes of cases would constitute a sharp break with the authorities”.
- 67 *Cinous* is the decisive authority, as a matter both of sequence and of consequence, in this Court’s consideration and determination of the evidential burden governing all defences. And I find it helpful and appropriate, for that reason, to allow *Cinous* to speak for itself.
- 68 In their joint reasons, the Chief Justice and Bastarache J. stated at paras. 52 and following:

It is trite law that the air of reality test imposes a burden on the accused that is merely evidential, rather than persuasive. Dickson C.J. drew attention to the distinction between these two types of burden in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at p. 466:

Judges and academics have used a variety of terms to try to capture the distinction between the two types of burdens. The burden of establishing a case has been referred to as the “major burden,” the “primary burden,” the “legal burden” and the “persuasive burden”. The burden of *putting an issue in play* has been called the “minor burden,” the “secondary burden,” the “evidential burden,” the “burden of going forward,” and the “burden of adducing evidence”.

The air of reality test is concerned only with whether or not a putative defence should be “*put in play*”, that is, submitted to the jury for consideration. This idea was crucial to the finding in *Osolin* that the air of reality test is consistent with the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

avantage à modifier l’état actuel du droit, suivant lequel un seul critère clairement énoncé s’applique à tous les moyens de défense. [Citations omises.] Il n’est pas nécessaire d’inventer un nouveau critère, de modifier le critère actuel ou d’appliquer différents critères à différentes catégories de cas. [Je souligne.]

La juge en chef McLachlin et le juge Bastarache ont rappelé, au par. 57, qu’« un seul critère de la vraisemblance s’applique à tous les moyens de défense » et, après avoir fait état des cas où le critère avait été appliqué, ils ont ajouté que « [l’]application de différentes normes de preuve à différentes catégories de cas représenterait une rupture marquée avec la jurisprudence ».

Tant du point de vue de la séquence que des conséquences, l’arrêt *Cinous* est décisif dans l’examen et la détermination, par notre Cour, de la charge de présentation applicable à tous les moyens de défense. Voilà pourquoi il m’apparaît utile et opportun que l’arrêt parle de lui-même.

Ainsi, dans leurs motifs conjoints, la juge en chef McLachlin et le juge Bastarache ont affirmé ce qui suit, aux par. 52 et suiv. :

Il est bien établi en droit que le critère de la vraisemblance n’impose à l’accusé qu’une charge de présentation, et non une charge de persuasion. Le juge en chef Dickson a souligné la différence qui existe entre ces deux types de charge dans l’arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, p. 466 :

Les juges et les auteurs ont utilisé un grand nombre d’expressions pour tenter de saisir la distinction qui existe entre les deux genres de charges. La charge de faire la preuve a été décrite comme la « charge principale », la « charge primaire », la « charge ultime » et la « charge de persuasion ». La charge de soulever une question a été appelée la « charge secondaire » et la « charge de présentation ».

L’application du critère de la vraisemblance ne consiste qu’à déterminer si un moyen de défense éventuel devrait « *entrer en jeu* », c’est-à-dire être soumis à l’appréciation du jury. Cette idée a été un facteur crucial dans la conclusion, tirée dans l’arrêt *Osolin*, que le critère de la vraisemblance est compatible avec la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

In applying the air of reality test, a trial judge considers the totality of the evidence, and assumes the evidence relied upon by the accused to be true. See *Osolin, supra; Park, supra*. The evidential foundation can be indicated by evidence emanating from the examination in chief or cross-examination of the accused, of defence witnesses, or of Crown witnesses. It can also rest upon the factual circumstances of the case or from any other evidential source on the record. There is no requirement that the evidence be adduced by the accused. See *Osolin, supra; Park, supra; Davis, supra*.

The threshold determination by the trial judge is not aimed at deciding the substantive merits of the defence. That question is reserved for the jury. See *Finta, supra; R. v. Ewanchuk, [1999] 1 S.C.R. 330*. The trial judge does not make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences. See *R. v. Bulmer, [1987] 1 S.C.R. 782; Park, supra*. Nor is the air of reality test intended to assess whether the defence is likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day. The question for the trial judge is whether the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, and not how the jury should ultimately decide the issue. [Underlining in original; italics added.]

The Chief Justice and Bastarache J. added, at paras. 62 and 68:

While courts have often spoken of an inquiry into whether there is “some evidence” or “any evidence” without qualification, this must be understood as a short-form reference to the full question. The full question is whether there is evidence (some evidence, any evidence) upon which a properly instructed jury acting judicially could acquit. If there is any or some such evidence, then the air of reality hurdle is cleared. If there is no such evidence, then the air of reality hurdle is not cleared. . . .

McIntyre J. in *Pappajohn* plainly did not suggest that the air of reality test asks whether the evidence is sufficient to justify an acquittal. Rather, the inquiry was stated to be into whether there was evidence sufficient to warrant putting the issue of acquittal to the jury. The inquiry has always been about the sufficiency of the evidence in this narrow sense. [Emphasis in original.]

Lorsqu'il applique le critère de la vraisemblance, le juge du procès examine l'ensemble de la preuve et tient pour véridiques les éléments de preuve produits par l'accusé. Voir les arrêts *Osolin* et *Park*, précités. Le fondement probant peut ressortir de la preuve émanant de l'interrogatoire principal ou du contre-interrogatoire de l'accusé, des témoins à décharge ou des témoins à charge. Il peut aussi découler des faits de l'affaire ou de tout autre élément de preuve versé au dossier. Il n'est pas nécessaire que la preuve soit produite par l'accusé. Voir les arrêts *Osolin*, *Park* et *Davis*, précités.

En ce qui concerne la question préliminaire, le juge du procès n'a pas à statuer sur le bien-fondé du moyen de défense invoqué. Il appartient au jury de le faire. Voir les arrêts *Finta*, précité, et *R. c. Ewanchuk, [1999] 1 R.C.S. 330*. Le juge du procès s'abstient de se prononcer sur la crédibilité des témoins, d'apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises. Voir les arrêts *R. c. Bulmer, [1987] 1 R.C.S. 782*, et *Park*, précité. Le critère de la vraisemblance ne vise pas non plus à déterminer s'il est probable, improbable, quelque peu probable ou fort probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte. Le juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une véritable question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte. [Soulignement dans l'original; italiques ajoutés.]

La juge en chef McLachlin et le juge Bastarache ont ajouté ceci, aux par. 62 et 68 :

Même si les tribunaux ont souvent parlé de la question de savoir s'il existe « une preuve » ou « quelque élément de preuve », sans plus de précision, il faut y voir une formulation abrégée de la question intégrale qui est de savoir s'il existe une preuve ou quelque élément de preuve qui permettrait à un jury ayant reçu les directives appropriées et agissant judiciairement de prononcer l'acquittement. Dans l'affirmative, le critère de la vraisemblance est respecté. Dans la négative, il ne l'est pas. . . .

Dans l'arrêt *Pappajohn*, le juge McIntyre n'a tout simplement pas laissé entendre que, pour appliquer le critère de la vraisemblance, il faut se demander si la preuve est suffisante pour justifier l'acquittement. Selon lui, la question est plutôt de savoir si la preuve est suffisante pour que la question de l'acquittement soit soumise au jury. L'examen a toujours porté sur le caractère suffisant de la preuve, dans ce sens strict. [Souligné dans l'original.]

70 Any prior confusion regarding the “air of reality” requirement has been dissipated by *Cinous*. With respect to all defences, the evidential burden is discharged if there is some evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit on the basis of that defence: see *Cinous*, *supra*, especially at paras. 2, 47, 49, 60, 62, 68 and 74. The “air of reality” test adds nothing to this well-established standard and should not be used to raise the governing evidential threshold or to introduce a persuasive requirement.

71 The operative question is sometimes said to be whether there is any evidence “upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true” (*Cinous*, at para. 65 (emphasis added)).

72 This formulation of the test signifies that the trial judge, in determining whether a defence is in play, must assume the truth of the evidence that tends to support it, leaving the reliability, credibility and weight of that evidence to be determined by the jury.

73 It was not meant to suggest that the evidential burden for all defences will be discharged only if the relevant evidence must be believed in order for the defence to succeed. As McLachlin J. explained in her dissent in *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at p. 543, an accused is entitled to be acquitted on the basis of exculpatory evidence that the jury does not reject, but either accepts or about which it is undecided.

74 In short, as regards all affirmative defences, I think it preferable to say that the evidential burden will be discharged where there is some evidence that puts the defence “in play”: see *Cinous*, at para. 52. And the defence will be in play whenever a properly instructed jury could reasonably, on account of that evidence, conclude in favour of the accused.

L’arrêt *Cinous* a dissipé toute confusion concernant le critère de la « vraisemblance » (« *air of reality* »). Quel que soit le moyen de défense invoqué, l’accusé s’est acquitté de la charge de présentation s’il existe une preuve qui permettrait à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement, de prononcer l’acquittement sur le fondement de cette défense : voir *Cinous*, précité, tout particulièrement aux par. 2, 47, 49, 60, 62, 68 et 74. Le critère de la « vraisemblance » n’ajoute rien à cette norme de longue date et il ne devrait être invoqué ni pour hausser la norme de preuve applicable ni pour exiger un fardeau de persuasion.

On dit parfois que la question clé est de savoir s’il existe une preuve « qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement, s’il y ajoutait foi » (*Cinous*, par. 65 (je souligne)).

Suivant cette formulation du critère, le juge de première instance appelé à décider si un moyen de défense s’applique doit tenir pour avérée la preuve présentée à l’appui de ce moyen et laisser au jury le soin de se prononcer sur la fiabilité, la crédibilité et le caractère probant de cette preuve.

Cela ne signifie pas que l’accusé s’acquittera de la charge de présentation relative à un moyen de défense seulement si la preuve en cause doit être acceptée pour que l’accusé soit acquitté. Comme la juge McLachlin l’a expliqué dans ses motifs de dissidence dans l’arrêt *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 543, l’accusé doit être acquitté sur le fondement d’une preuve exculpatoire que le jury n’écarte pas, mais qu’il accepte ou au sujet de laquelle il est indécis.

Bref, en ce qui concerne tous les moyens de défense affirmatifs, il me paraît préférable de dire que l’accusé s’acquitte de la charge de présentation lorsque la preuve au dossier fait « entrer en jeu » le moyen de défense invoqué : voir *Cinous*, par. 52. Et le moyen de défense entre en jeu chaque fois qu’un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait, en se fondant sur cette preuve, raisonnablement rendre un verdict favorable à l’accusé.

(ii) *The Evidential Threshold at a Preliminary Inquiry and on a Defence Motion for Non-Suit or for a Directed Verdict of Acquittal*

In considering the evidential burden governing affirmative defences, I find it helpful to compare the evidential standard required of the Crown at preliminary inquiry or to defeat a defence motion for non-suit on a trial before judge alone or a directed verdict of acquittal on a trial before judge and jury.

In *Arcuri, supra*, the issue before this Court was whether a judge at preliminary inquiry could weigh the evidence in assessing whether it was sufficient to justify committing an accused to trial. More specifically, the issue was whether the introduction of direct exculpatory evidence by the defence, when the Crown's case was entirely circumstantial, had any effect on the way the determination of sufficiency was to be made.

Writing for the Court, McLachlin C.J. confirmed in that case that the test for committal to trial is the same as on a motion for non-suit or for a directed verdict.

In each instance, the decisive question is whether there exists an evidential foundation on the issue of guilt. The evidential burden, on that issue, as we have seen, is a function of the persuasive burden and the persuasive burden, which is borne by the Crown, can only be discharged by proof beyond a reasonable doubt.

It would be incongruous to impose a more onerous higher evidential threshold in respect of a less onerous persuasive burden, as on a defence of mental disorder automatism, which is the issue that concerns us here.

(ii) *La norme de preuve applicable à l'enquête préliminaire et à l'égard des requêtes en non-lieu et des demandes de verdict imposé d'acquittement*

Dans l'examen de la charge de présentation applicable aux moyens de défense affirmatifs, j'estime utile d'établir une comparaison avec la norme de preuve à laquelle le ministère public doit satisfaire à l'enquête préliminaire ou pour faire échec à une requête en non-lieu dans le cadre d'un procès devant juge seul ou à une demande de verdict imposé d'acquittement dans le cadre d'un procès avec jury.

Dans l'arrêt *Arcuri*, précité, notre Cour devait trancher la question de savoir si, à l'enquête préliminaire, le juge pouvait soupeser la preuve et décider si elle était suffisante pour justifier un renvoi à procès. Il s'agissait plus particulièrement de décider si la présentation d'une preuve disculpatoire directe par la défense, alors que la preuve du ministère public était entièrement circonstancielle, influait de quelque façon sur le processus de détermination du caractère suffisant de la preuve.

S'exprimant au nom de la Cour, la juge en chef McLachlin a confirmé dans cet arrêt que le critère applicable au renvoi à procès est le même que pour les requêtes en non-lieu et les demandes de verdict imposé.

Dans chaque cas, la question déterminante est de savoir s'il existe un fondement probant à l'égard de la question de la culpabilité. Comme nous l'avons vu, la charge de présentation à l'égard de cette question est une fonction de la charge de persuasion, laquelle incombe au ministère public qui ne peut s'en acquitter qu'en apportant une preuve hors de tout doute raisonnable.

Il ne serait pas cohérent d'imposer une charge de présentation plus exigeante lorsque la charge de persuasion est moins exigeante, comme dans le cas où l'accusé plaide l'automatisme avec troubles mentaux, point sur lequel nous sommes appelés à statuer en l'espèce.

75

76

77

78

79

(iii) *The Evidential Burden Applicable to Automatism in Light of Stone*

80 I turn finally to *Stone, supra*, upon which the Crown relies, and begin by reiterating what I said at the outset: *Stone*, in its entirety, must be read in the light of *Cinous*.

81 Writing for the majority in *Stone*, Bastarache J. found, at para. 170, that “voluntariness, rather than consciousness, is the key legal element of automatistic behaviour since a defence of automatism amounts to a denial of the voluntariness component of the *actus reus*”. After reviewing the policy concerns related to the defence of automatism, he held that, in light of these concerns, “the legal burden in cases involving claims of automatism must be on the defence to prove involuntariness on a balance of probabilities to the trier of fact” (para. 179).

82 Bastarache J. then stated, at para. 182, that to meet the evidentiary burden in a case of automatism, “the defence must satisfy the trial judge that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities”.

83 I concede that there is language in *Stone* that may be understood to invite an assessment by the trial judge as to the likely success of the defence. This, in turn, may be seen to require the judge to weigh the evidence in order to determine whether it establishes, on the balance of probabilities, that the accused perpetrated the criminal act charged in a state of automatism.

84 That is what the trial judge did in this case and, as I mentioned at the outset, I agree with the Court of Appeal that he was not entitled to do so.

(iii) *La charge de présentation applicable à la défense d'automatisme à la lumière de l'arrêt Stone*

Enfin, je vais examiner l'arrêt *Stone*, précité, sur lequel s'appuie le ministère public. Je tiens tout d'abord à répéter ce que j'ai dit au début des présents motifs : l'arrêt *Stone* doit entièrement être interprété à la lumière de l'arrêt *Cinous*.

Dans l'arrêt *Stone*, par. 170, le juge Bastarache a conclu, au nom des juges majoritaires, que « c'est le caractère volontaire, et non la conscience, qui constitue l'élément juridique principal du comportement automatique, puisqu'une défense d'automatisme revient à nier l'existence de la composante de l'*actus reus*, qu'est le caractère volontaire ». Après examen des considérations de politique générale liées à la défense d'automatisme, il a estimé, à la lumière de ces considérations, que « la charge de persuasion, dans les cas où l'automatisme est allégué, incombe à la défense qui doit alors prouver au juge des faits le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités » (par. 179).

Le juge Bastarache a ensuite ajouté, au par. 182, que pour s'acquitter de la charge de présentation dans un cas d'automatisme, « la défense doit convaincre le juge du procès de l'existence d'une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement ».

Je reconnaiss que certains passages de l'arrêt *Stone* semblent inviter le juge du procès à évaluer les chances de succès de ce moyen de défense. En conséquence, on peut y voir une obligation faite au juge de soupeser la preuve afin de décider si, selon la prépondérance des probabilités, elle établit que l'accusé a perpétré l'acte criminel reproché dans un état d'automatisme.

C'est ce que le juge de première instance a fait en l'espèce et, comme je l'ai indiqué au début, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel qu'il n'était pas admis à le faire.

The Court of Appeal, as appears from the reasons of Rousseau-Houle J.A., was alert to the concerns expressed in *Stone* by Bastarache J. And, as indicated earlier, there is language in *Stone* that can be read as requiring trial judges, before putting the defence of mental disorder automatism to the jury, to satisfy themselves that the accused has not just met the evidential burden but appears to have discharged the persuasive burden as well. The Chief Justice and Bastarache J. made it plain in *Cinous*, however, that this is not the state of the law.

Trial judges are, of course, not prohibited from suggesting to jurors an analytical framework that may help them to determine for themselves whether a defence of mental disorder automatism has been made out on the required balance of probabilities.

And I would add in this regard that *Stone* continues to provide for the benefit of triers of fact a helpful overview of factors they might wish to take into account in rendering their verdicts.

The carefully crafted factors set out by Bastarache J. in that case can no longer, in the light of *Cinous*, be seen to inform the judge's legal determination whether the required evidential burden has been met. For the triers of fact, however, they may be expected to afford both structure and guidance.

Where mental disorder automatism is raised as a defence, an assertion of involuntariness on the part of the accused, supported by the logically probative opinion of a qualified expert, will normally provide — as it did in this case — a sufficient evidentiary foundation for putting the defence to the jury. By "logically probative", I simply mean relevant — that is, evidence which, if accepted by the jury, would tend to support the defence of mental disorder automatism. Accompanying instructions in law will make it clear to the jury that the burden remains on the accused to establish the defence to the required degree of probability.

Il ressort des motifs de la juge Rousseau-Houle que la Cour d'appel était consciente des réserves exprimées par le juge Bastarache dans l'arrêt *Stone*. En outre, comme je l'ai mentionné précédemment, il est possible d'interpréter certains passages de cet arrêt comme ayant pour effet d'exiger du juge du procès, avant qu'il ne soumette au jury la défense d'automatisme avec troubles mentaux, qu'il soit lui-même convaincu que l'accusé s'est non seulement acquitté de la charge de présentation, mais qu'il paraît également s'être acquitté de la charge de persuasion. La juge en chef McLachlin et le juge Bastarache ont toutefois clairement indiqué dans l'arrêt *Cinous* que tel n'est pas l'état du droit.

Évidemment, il n'est pas interdit au juge du procès de proposer aux jurés un cadre d'analyse susceptible de les aider à décider par eux-mêmes si l'automatisme avec troubles mentaux a été établi selon la prépondérance des probabilités requise.

D'ailleurs, je me permets d'ajouter à cet égard que l'arrêt *Stone* continue d'offrir aux juges des faits un exposé fort utile des facteurs qu'ils peuvent souhaiter prendre en compte pour rendre leur verdict.

Depuis l'arrêt *Cinous*, le juge de première instance ne peut plus s'inspirer des facteurs minutieusement élaborés par le juge Bastarache dans l'arrêt *Stone* pour décider, en droit, si une partie s'est acquittée de la charge de présentation qui lui incombe. Cependant, ces facteurs peuvent baliser et orienter la démarche du juge des faits.

Lorsque l'automatisme avec troubles mentaux est invoqué en défense, le fait pour l'accusé d'alléguer le caractère involontaire de l'acte, si cette allégation est appuyée par l'opinion logiquement probante d'un expert compétent, constituera normalement — et c'est le cas en l'espèce — un fondement probant suffisant pour soumettre le moyen de défense au jury. Par l'expression « logiquement probante », j'entends simplement pertinente — c'est-à-dire une preuve qui, si elle est acceptée par le jury, tendrait à appuyer la défense d'automatisme avec troubles mentaux. Les directives données au jury sur le droit applicable précisieront qu'il incombe encore à l'accusé d'établir la défense selon le degré de probabilité exigé.

90 Again, the ultimate issue is whether the jury is persuaded that the accused probably perpetrated the alleged criminal act in a state of automatism. For the issue to reach the jury, there must be some evidence upon which that finding could reasonably be made by a properly instructed jury acting judicially. If there is, the evidence is said to be "sufficient" — the evidentiary burden has been discharged and automatism is "in play" before the jury.

B. Application of the Law to the Facts

91 What I have already said is sufficient to persuade me that the Court of Appeal did not err with respect to the evidential burden on a defence of mental disorder automatism. The remaining question is whether the Court of Appeal erred in law in concluding that the accused — the respondent in this Court — was entitled in this case to have his defence of mental disorder automatism put to the jury.

92 In this regard, I repeat once more, the applicable test is whether there was any evidence in the record upon which the jury, properly instructed and acting judicially, could reasonably conclude that the defence of automatism by reason of mental disorder had been made out. In my view, the Court of Appeal did not err in finding that the respondent, through his own evidence and that of Dr. Talbot, had discharged his evidential burden on that issue.

93 The respondent gave evidence tending to establish that he was acting involuntarily at the time of the offence. He also adduced expert evidence to support his own testimony. As the majority noted in *Cinous*, at paras. 88 and 108, the testimony of the respondent constitutes direct evidence with respect to the required evidential burden, provided that it does not amount to a mere allegation of the existence of a defence in law.

94 In this case, the evidence clearly went beyond a mere allegation of the existence of a defence. It included a relatively detailed description of the

Je le répète, la question ultime est de savoir si le jury est convaincu que l'accusé a probablement perpétré l'acte criminel qu'on lui reproche dans un état d'automatisme. Pour que le jury soit saisi de la question, il faut une preuve permettant à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement, d'arriver rationnellement à cette conclusion. Lorsqu'une telle preuve existe, elle est tenue pour « suffisante » — l'accusé s'est acquitté de sa charge de présentation et l'automatisme « entre en jeu » devant le jury.

B. Application du droit aux faits de l'espèce

Ce que j'ai déjà exposé suffit à me persuader que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur quant à la charge de présentation applicable à la défense d'automatisme avec troubles mentaux. Il reste à décider si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en concluant que l'accusé — l'intimé dans cette Cour — avait droit à ce que la défense d'automatisme avec troubles mentaux soit soumise au jury.

À cet égard, je le répète encore, le critère applicable consiste à décider s'il y avait au dossier une preuve permettant à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire de conclure raisonnablement que le bien-fondé du moyen de défense d'automatisme pour cause de troubles mentaux avait été établi. À mon avis, la Cour d'appel n'a pas fait d'erreur en concluant que l'intimé, par son propre témoignage et par celui du Dr Talbot, s'était acquitté de la charge de présentation qui lui incombeait relativement à cette question.

Le témoignage de l'intimé tendait à établir qu'il avait agi involontairement lors de la perpétration de l'infraction. Il a présenté une preuve d'expert au soutien de son témoignage. Comme l'ont signalé les juges majoritaires dans l'arrêt *Cinous*, par. 88 et 108, le témoignage de l'intimé constitue une preuve directe en ce qui concerne la charge de présentation, pourvu que ce témoignage ne fasse pas qu'alléguer l'existence d'un moyen de défense en droit.

En l'espèce, il est clair que la preuve ne se résument pas à la simple allégation de l'existence d'un moyen de défense. Elle comprenait une description

respondent's perception of the facts at the moment of the criminal act. The respondent also testified as to the circumstances that gave rise to his state of mind at the relevant time.

Moreover, Dr. Talbot concluded that the respondent was suffering, at the time of the offence, from a psychotic episode induced by substance abuse. In his report, Dr. Talbot stated that the respondent had a serious mental disorder akin to psychosis, which seriously distorted his perception of reality. This, in turn, affected his judgment, and rendered him incapable of distinguishing right from wrong, legal from illegal.

Dr. Talbot also testified that, at the moment of the events of February 15, 1999, the respondent began to perceive reality abnormally, in a projective and interpretive manner.

Finally, Dr. Talbot explained that, in psychiatric jargon, this means that the respondent began to "see things" and to make pathological connections between people, situations and events.

Taken as a whole, this evidence was in my view sufficient to discharge the respondent's evidential burden on his defence of mental disorder automatism. Whether the respondent's actions were in fact involuntary was a matter for the jury to decide.

Accordingly, I find no error in the conclusions of the Court of Appeal in this regard.

VI. Disposition

Like the Court of Appeal, I have concluded that the respondent's defence of mental disorder automatism should have been put to the jury. I agree as well that the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* cannot be applied here.

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General's Prosecutor, Sainte-Foy.

relativement détaillée de la perception des faits par l'intimé au moment du crime. L'intimé a également témoigné quant aux circonstances à l'origine de son état d'esprit au moment pertinent.

De plus, selon le D^r Talbot, l'intimé traversait au moment de l'infraction un épisode psychotique provoqué par l'abus d'une drogue. Dans son rapport, il a affirmé que l'intimé présentait un trouble mental majeur apparenté à la psychose qui faussait sérieusement sa perception de la réalité. Son jugement était par conséquent perturbé, ce qui l'empêchait de distinguer le bien du mal, ce qui est légal de ce qui ne l'est pas.

Le D^r Talbot a également témoigné que, lors des événements du 15 février 1999, l'intimé avait commencé à percevoir la réalité anormalement, d'une manière projective et interprétative.

Enfin, le D^r Talbot a expliqué, en jargon psychiatrique, que l'intimé avait commencé à avoir des hallucinations et à établir des liens pathologiques entre des gens, des situations et des événements.

Considérée dans son ensemble, cette preuve suffisait selon moi pour conclure que l'intimé s'était acquitté de sa charge de présentation relativement à sa défense d'automatisme avec troubles mentaux. Il appartenait au jury de décider si les actes de l'intimé étaient ou non involontaires.

J'arrive donc à la conclusion que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur à cet égard.

VI. Dispositif

À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que la défense d'automatisme avec troubles mentaux de l'intimé aurait dû être soumise au jury. J'estime également que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* ne peut s'appliquer en l'espèce.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Substitut du Procureur général, Sainte-Foy.

95

96

97

98

99

100

101

Solicitor for the respondent: Sébastien St-Laurent, Québec.

Procureur de l'intimé : Sébastien St-Laurent, Québec.

**Board of Governors of Lethbridge
Community College Appellant**

v.

**Alberta Union of Provincial Employees and
Sylvia Babin Respondents**

and

**Canadian Labour Congress, National
Union of Public and General Employees
and Provincial Health Authorities of
Alberta Intervenors**

**INDEXED AS: ALBERTA UNION OF PROVINCIAL
EMPLOYEES v. LETHBRIDGE COMMUNITY COLLEGE**

Neutral citation: 2004 SCC 28.

File No.: 29323.

2003: November 4; 2004: April 29.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Labour relations — Arbitration board — Scope of arbitration board's remedial jurisdiction — Employee dismissed without just cause for non-culpable deficiency — Board awarding damages in lieu of reinstatement — Whether arbitration board could award damages in lieu of reinstatement for dismissal for non-culpable deficiency — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 142(2).

Judicial review — Labour relations — Standard of review — Arbitration board — Employee dismissed without just cause for non-culpable deficiency — Board awarding damages in lieu of reinstatement — Standard of review applicable to board's interpretation of remedial provision and to board's award — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 142(2).

**Conseil des gouverneurs du Lethbridge
Community College Appelant**

c.

**Alberta Union of Provincial Employees et
Sylvia Babin Intimés**

et

**Congrès du travail du Canada, Syndicat
national des employées et employés généraux
et du secteur public et Provincial Health
Authorities of Alberta Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA UNION OF PROVINCIAL
EMPLOYEES c. LETHBRIDGE COMMUNITY COLLEGE**

Référence neutre : 2004 CSC 28.

Nº du greffe : 29323.

2003 : 4 novembre; 2004 : 29 avril.

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

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

Relations de travail — Conseil d'arbitrage — Étendue du pouvoir de réparation du conseil d'arbitrage — Congédiement injustifié d'une employée pour cause de lacunes non blâmables — Dommages-intérêts accordés par le conseil au lieu de la réintégration — Le conseil d'arbitrage pouvait-il accorder des dommages-intérêts au lieu de la réintégration en cas de congédiement pour cause de lacunes non blâmables? — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 142(2).

Contrôle judiciaire — Relations de travail — Norme de contrôle — Conseil d'arbitrage — Congédiement injustifié d'une employée pour cause de lacunes non blâmables — Dommages-intérêts accordés par le conseil au lieu de la réintégration — Norme de contrôle applicable à l'interprétation par le conseil de la disposition concernant le pouvoir de réparation et à la sentence prononcée par le conseil — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 142(2).

The appellant employer had hired the respondent grievor as a scheduling coordinator but dismissed her on the grounds that her work performance was unsatisfactory. The grievor and the respondent union grieved the dismissal alleging dismissal without just cause in contravention of the collective agreement. The arbitration board found that, while the grievor was dismissed for non-culpable incompetence, just cause for discharge had not been shown because the employer had failed to comply with the *Re Edith Cavell* criteria setting out the requirements for dismissal of an employee on grounds of non-culpable deficiency. In fashioning the remedy, the majority of the board concluded that it could substitute a financial award under s. 142(2) of the Alberta *Labour Relations Code* and awarded her damages in lieu of reinstatement since reinstatement was inappropriate in the circumstances. The Court of Queen's Bench dismissed the respondents' application for judicial review. The Court of Appeal set that decision aside, ordered that the grievor be reinstated and referred the quantum of back pay to the board for determination. The court found that s. 142(2) did not apply to non-culpable dismissals and that, absent compliance with the *Re Edith Cavell* criteria, the usual and expected remedy was reinstatement.

Held: The appeal should be allowed.

When the relevant factors of the pragmatic and functional approach are properly considered, the standard of review applicable to the arbitration board's interpretation of s. 142(2) of the *Labour Relations Code* and to the board's award is that of reasonableness.

The arbitration board's interpretation of s. 142(2) was reasonable. While the provision can reasonably support an interpretation which limits its application to culpable dismissals, the board had ample reasons to adopt a broader, but equally reasonable, interpretation and conclude that the provision applied to both culpable and non-culpable dismissals. The verb "discipline" in s. 142(2) can be defined using terms or concepts not habitually associated with punishment *per se*. Similarly, the inclusion of language enabling the board to substitute "some other penalty" that in the arbitrator's view "seems just and reasonable in all the circumstances" suggests a broad and inclusive reading of the provision. Moreover, the Code's purpose is to facilitate arbitral dispute resolution and promote an effective relationship between employers and employees through the fair and equitable resolution of matters arising in respect of terms and conditions of employment. Arming arbitrators with the

L'employeur appelant, qui avait engagé la plaignante intimée à titre de coordonnatrice des horaires, l'a congédiée pour cause de rendement insatisfaisant. La plaignante et le syndicat intimé ont contesté le congédiement par voie de grief, plaidant que la première avait été congédiée sans motif valable, en contravention de la convention collective. Le conseil d'arbitrage a estimé que, bien que la plaignante ait été congédiée pour cause d'incompétence non blâmable, l'existence d'un motif de congédiement valable n'avait pas été établie, puisque l'employeur n'avait pas respecté les conditions qui s'appliquent en cas de congédiement pour cause de lacunes non blâmables et qui ont été énoncées dans *Re Edith Cavell*. En ce qui concerne la réparation, le conseil à la majorité a conclu que le par. 142(2) du *Labour Relations Code* de l'Alberta lui permettait d'accorder des dommages-intérêts à la plaignante au lieu d'ordonner sa réintégration, étant donné que cette seconde mesure aurait été inappropriée dans les circonstances. La Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande de contrôle judiciaire des intimés. La Cour d'appel a annulé cette décision, ordonné la réintégration de la plaignante et renvoyé l'affaire au conseil pour qu'il détermine le montant de l'arriéré de salaire. La Cour d'appel a conclu que le par. 142(2) ne s'appliquait pas aux congédiements pour comportements non blâmables et que, sauf dans les cas où les conditions énoncées dans *Re Edith Cavell* sont respectées, la réparation habituellement escomptée est la réintégration.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Il ressort de l'examen des facteurs pertinents de l'analyse pragmatique et fonctionnelle que la norme de la raisonnable est la norme de contrôle applicable à la sentence du conseil ainsi qu'à sa décision sur l'interprétation du par. 142(2) du *Labour Relations Code*.

L'interprétation du par. 142(2) par le conseil d'arbitrage était raisonnable. Bien que cette disposition puisse raisonnablement être considérée applicable uniquement aux congédiements pour cause de conduite blâmable, le conseil d'arbitrage était amplement justifié d'adopter une interprétation plus large — mais tout aussi raisonnable — et de conclure que la disposition s'appliquait aux congédiements pour conduite blâmable ou pour conduite non blâmable. Le verbe anglais « *discipline* » au par. 142(2) peut être défini au moyen de termes ou de notions que l'on n'associe habituellement pas au fait de punir. De même, l'emploi de termes généraux habilitant le conseil d'arbitrage à substituer au congédiement [TRADUCTION] « la sanction qu'il estime juste et raisonnable eu égard à toutes les circonstances » appelle une interprétation large et extensive de la disposition. En outre, le Code a pour objet de faciliter le règlement des différends par voie d'arbitrage et de favoriser des relations fructueuses

means to carry out their mandate lies at the very core of resolving workplace disputes. A broad interpretation of s. 142(2) alongside ss. 135 and 136 produces results more consonant with the statutory objectives, the wording of the provision and the object of collective agreements.

The approach that, absent a finding that the criteria set out in *Re Edith Cavell* have been met, the arbitrator is required to reinstate the employee on the basis that the employer has not established cause for the employee's dismissal or discipline, is a very narrow and mechanistic approach to employee conduct and arbitral authority. It neither takes full account of the arbitrator's dispute resolution mandate, nor adequately considers the myriad of employment circumstances that employees and employers confront. The *Re Edith Cavell* criteria, by themselves, do not determine the framework for analysis and should not dictate the terms of remedial authority exercised by the arbitrator. Given the object of the legislation and its overall purpose, there is no practical reason why arbitrators ought to be stripped of remedial jurisdiction when confronted by labour disputes that turn on a distinction between culpable and non-culpable conduct, and a finding of cause thereafter.

The exercise of the arbitration board's remedial power also met the reasonableness standard of review. The case law indicates that the jurisdiction to substitute an award of damages in lieu of reinstatement should be exercised in "exceptional" or "extraordinary circumstances". Commensurate with the notion of exceptional circumstances, as developed in arbitral jurisprudence, is the need for arbitrators to be liberally empowered to fashion appropriate remedies, taking into consideration the whole of the circumstances. While culpable conduct is far more likely to lead to a poisoned or inhospitable work environment than conduct characterized as non-culpable, the consequences of the conduct and not its characterization should be the primary focus of the remedial inquiry. As a general rule, where a grievor's collective agreement rights have been violated, reinstatement of the grievor to her previous position will normally be ordered. Departure from this position should only occur where the arbitration board's findings reflect concerns that the employment relationship is no longer viable. In making this determination, the arbitrator is entitled to consider all of the circumstances relevant to fashioning a lasting and final solution to the parties' dispute. In this

entre employeurs et employés grâce au règlement juste et équitable des différends relatifs aux conditions de travail. Doter les arbitres des moyens de s'acquitter de leur mandat est un aspect fondamental du règlement des conflits en milieu de travail. Une interprétation libérale du par. 142(2), en corrélation avec les art. 135 et 136, produit un résultat davantage conforme aux objectifs de la loi, au texte de la disposition et à l'objet des conventions collectives.

Constitue une analyse très étroite et mécanique de la conduite de l'employé et du pouvoir de l'arbitre l'interprétation voulant que, dans les cas où il est impossible de conclure que les critères énoncés dans l'affaire *Re Edith Cavell* ont été respectés, l'arbitre soit tenu de réintégrer l'employé, étant donné que l'employeur n'a pas prouvé qu'il avait un motif valable de congédier l'employé ou de lui imposer une mesure disciplinaire. Cette analyse ne tient pas pleinement compte du mandat de l'arbitre en matière de règlement des différends et elle ne considère pas adéquatement la multitude de situations dans lesquelles évoluent employés et employeurs dans le monde du travail. À eux seuls, les critères énoncés dans *Re Edith Cavell* ne déterminent pas le cadre d'analyse et ne dictent pas les modalités d'exercice du pouvoir de réparation des arbitres. Vu l'objet de la loi et sa finalité générale, aucune raison d'ordre pratique ne justifie de dépouiller les arbitres de leur pouvoir de réparation lorsque l'issue du différend repose sur une distinction entre conduite blâmable et conduite non blâmable, puis sur l'existence ou non d'un motif valable.

L'exercice par le conseil de son pouvoir de réparation respectait lui aussi la norme du caractère raisonnable. La jurisprudence indique que le pouvoir de substituer des dommages-intérêts à une ordonnance de réintégration doit être exercé dans des [TRADUCTION] « circonstances extraordinaires » ou « exceptionnelles ». À la notion de circonstances exceptionnelles élaborées dans la jurisprudence arbitrale correspond la nécessité de reconnaître aux arbitres un large pouvoir leur permettant de faire reconnaître les réparations qui s'imposent eu égard à toutes les circonstances. Bien qu'une conduite blâmable soit davantage susceptible d'empoisonner le climat de travail ou de le rendre malsain qu'une conduite qualifiée de non blâmable, ce sont aux conséquences de la conduite, et non à sa qualification, qu'il faut s'attacher pour fixer la réparation qui s'impose. En règle générale, lorsqu'il y a eu violation des droits reconnus par la convention collective à l'auteur du grief, la réintégration de celui-ci dans son poste antérieur est normalement ordonnée. Il ne devrait être dérogé à cette règle que dans les cas où les conclusions du conseil d'arbitrage permettent de douter de la viabilité de la relation employeur-employé. À cet égard,

case, the board did not act in an unreasonable manner by substituting an award for reinstatement. It properly considered the whole of the circumstances and reached a reasonable conclusion as to the continued viability of the employment relationship. The board's decision fell well within the bounds of arbitral jurisprudence requiring a finding of exceptional circumstances prior to substitution of remedy.

l'arbitre peut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes pour apporter une solution durable et définitive au différend qui oppose les parties. En l'espèce, le conseil d'arbitrage n'a pas agi de manière déraisonnable en substituant des dommages-intérêts à la réintégration. Il a dûment tenu compte de toutes les circonstances et tiré une conclusion raisonnable relativement à la viabilité de la relation employeur-employé. La décision du conseil était tout à fait en accord avec la jurisprudence arbitrale exigeant la preuve de circonstances exceptionnelles pour qu'une réparation substitutive puisse être accordée.

Cases Cited

Referred to: *Re Edith Cavell Private Hospital and Hospital Employees' Union, Local 180* (1982), 6 L.A.C. (3d) 229; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 CSC 42; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 CSC 3; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 CSC 42; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 CSC 28; *Alberta and Alberta Union of Provincial Employees (Van Steenoven Grievance)*, [1998] A.G.A.A. No. 43 (QL); *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85; *Wm. Scott & Co. and Canadian Food and Allied Workers Union, Local P-162*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 1; *Alberta v. Alberta Union of Provincial Employees* (1998), 230 A.R. 114; *Alberta v. Alberta Union of Provincial Employees* (1987), 82 A.R. 19; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Weber*

Arrêts mentionnés : *Re Edith Cavell Private Hospital and Hospital Employees' Union, Local 180* (1982), 6 L.A.C. (3d) 229; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28; *Alberta and Alberta Union of Provincial Employees (Van Steenoven Grievance)*, [1998] A.G.A.A. No. 43 (QL); *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85; *Wm. Scott & Co. and Canadian Food and Allied Workers Union, Local P-162*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 1; *Alberta c. Alberta Union of Provincial Employees* (1998), 230 A.R. 114; *Alberta c. Alberta Union of Provincial Employees* (1987), 82 A.R. 19;

v. Ontario Hydro, [1995] 2 S.C.R. 929; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Re City of Vancouver and Vancouver Municipal and Regional Employees Union* (1983), 11 L.A.C. (3d) 121; *Crane Canada Inc. and U.A., Loc. 170, Re* (1990), 14 L.A.C. (4th) 253; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board* (1989), 98 A.R. 384; *United Steelworkers of America, Local 12998 v. Liquid Carbonic Inc.* (1996), 29 O.R. (3d) 468; *Alberta Teachers' Assn. and Communications, Energy and Paperworkers' Union, Local 777 (Oliverio Grievance)*, [1998] A.G.A.A. No. 77 (QL), aff'd [1999] A.J. No. 144 (QL); *Calgary Board of Education v. Canadian Union of Public Employees, Local 40 (R.J. Grievance)*, [2001] A.G.A.A. No. 13 (QL); *Chaumiere Retirement Residence and Service Employees' Union, Local 210, Re* (1993), 37 L.A.C. (4th) 86.

Statutes and Regulations Cited

- Interpretation Act*, R.S.A. 2000, c. I-8, s. 10.
Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1, Preamble, ss. 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146.
Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 2000, c. P-43, ss. 44, 63.

Authors Cited

- Alberta. *Alberta Hansard*, vol. II, 21st Leg., 3rd Sess., June 7, 1988, p. 1553.
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Oxford English Dictionary, vol. IV, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "discipline".
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 275, 215 D.L.R. (4th) 176, 303 A.R. 124, 273 W.A.C. 124, [2002] 8 W.W.R. 299, 2002 CLLC ¶ 220-040, [2002] A.J. No. 695 (QL), 2002 ABCA 125, reversing a

St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219, [1986] 1 R.C.S. 704; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Re City of Vancouver and Vancouver Municipal and Regional Employees Union* (1983), 11 L.A.C. (3d) 121; *Crane Canada Inc. and U.A., Loc. 170, Re* (1990), 14 L.A.C. (4th) 253; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board* (1989), 98 A.R. 384; *United Steelworkers of America, Local 12998 c. Liquid Carbonic Inc.* (1996), 29 O.R. (3d) 468; *Alberta Teachers' Assn. and Communications, Energy and Paperworkers' Union, Local 777 (Oliverio Grievance)*, [1998] A.G.A.A. No. 77 (QL), conf. par [1999] A.J. No. 144 (QL); *Calgary Board of Education c. Canadian Union of Public Employees, Local 40 (R.J. Grievance)*, [2001] A.G.A.A. No. 13 (QL); *Chaumiere Retirement Residence and Service Employees' Union, Local 210, Re* (1993), 37 L.A.C. (4th) 86.

Lois et règlements cités

- Interpretation Act*, R.S.A. 2000, ch. I-8, art. 10.
Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1, préambule, art. 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146.
Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 2000, ch. P-43, art. 44, 63.

Doctrine citée

- Alberta. *Alberta Hansard*, vol. II, 21^e lég., 3^e sess., 7 juin 1988, p. 1553.
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Oxford English Dictionary, vol. IV, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989, « discipline ».
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 275, 215 D.L.R. (4th) 176, 303 A.R. 124, 273 W.A.C. 124, [2002] 8 W.W.R. 299, 2002 CLLC ¶ 220-040, [2002] A.J. No. 695 (QL), 2002 ABCA 125, qui a infirmé une

decision of the Court of Queen's Bench (2000), 280 A.R. 139, [2000] A.J. No. 1583 (QL), 2000 ABQB 1006. Appeal allowed.

William J. Armstrong, Q.C., for the appellant.

G. Brent Gawne and *Margaret Peggy Kemp*, for the respondents.

John Baigent, for the interveners the Canadian Labour Congress and the National Union of Public and General Employees.

Eugene Meehan, Q.C., and *Dev Chankasingh*, for the intervenor the Provincial Health Authorities of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹ This appeal deals with the remedial competence of an arbitration board under the Alberta *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1 ("Code"). More specifically, the issue raised concerns the exercise of an arbitration board's power under s. 142(2) of the Code. The respondent, Ms. Babin, was dismissed from employment by the appellant on grounds that her work performance was unsatisfactory. The arbitration board found her conduct to be non-culpable, and the majority of the board awarded her damages in lieu of reinstatement, concluding that reinstatement was inappropriate in the circumstances.

² As will be discussed in these reasons, the arbitration board's interpretation of s. 142(2) is reviewable on a standard of reasonableness, as is the board's remedy. Both decisions meet this standard: the arbitration board's interpretation of the provision was reasonable, and the remedy proposed by the board was equally so. Accordingly, I would allow the appeal.

décision de la Cour du Banc de la Reine (2000), 280 A.R. 139, [2000] A.J. No. 1583 (QL), 2000 ABQB 1006. Pourvoi accueilli.

William J. Armstrong, c.r., pour l'appelant.

G. Brent Gawne et Margaret Peggy Kemp, pour les intimés.

John Baigent, pour les intervenants le Congrès du travail du Canada et le Syndicat national des employées et employés généraux et du secteur public.

Eugene Meehan, c.r., et *Dev Chankasingh*, pour l'intervenante Provincial Health Authorities of Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur le pouvoir des conseils d'arbitrage d'accorder des réparations sous le régime de la loi de l'Alberta intitulée *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1 (« Code »). Plus précisément, la question en litige touche l'exercice par les conseils d'arbitrage du pouvoir que leur confère le par. 142(2) du Code. L'intimée, M^{me} Babin, a été congédiée par l'appelant pour cause de rendement insatisfaisant. Le conseil d'arbitrage, à la majorité, a conclu au caractère non blâmable de sa conduite et lui a accordé des dommages-intérêts au lieu d'ordonner sa réintégration, estimant cette seconde solution inappropriée dans les circonstances.

Comme il sera expliqué dans les présents motifs, l'interprétation du par. 142(2) par le conseil d'arbitrage ainsi que la réparation accordée par ce dernier sont des décisions contrôlables suivant la norme de la décision raisonnable ou de la raisonnabilité. Les deux décisions satisfont à cette norme; en effet, tant l'interprétation de cette disposition par le conseil d'arbitrage que la réparation proposée par celui-ci étaient raisonnables. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Relevant Statutory and Collective Agreement Provisions

Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1

135 Every collective agreement shall contain a method for the settlement of differences arising

- (a) as to the interpretation, application or operation of the collective agreement,
- (b) with respect to a contravention or alleged contravention of the collective agreement, and
- (c) as to whether a difference referred to in clause (a) or (b) can be the subject of arbitration

between the parties to or persons bound by the collective agreement.

136 If a collective agreement does not contain the provisions required under section 135, the collective agreement is deemed to contain those of the following provisions in respect of which it is silent:

g) *The arbitrator shall inquire into the difference and issue an award in writing, and the award is final and binding on the parties and on every employee affected by it.*

j) *If the arbitrator by the arbitrator's award determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by an employer for cause and the collective agreement does not contain a specific penalty for the infraction that is the subject-matter of the arbitration, the arbitrator may substitute any penalty for the discharge or discipline that to the arbitrator seems just and reasonable in all the circumstances.*

142(1) Subject to subsection (2), no arbitrator, arbitration board or other body shall by its award alter, amend or change the terms of a collective agreement.

(2) If an arbitrator, arbitration board or other body determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by an employer for cause and the collective agreement does not contain a specific penalty for the

II. Les dispositions pertinentes des textes de loi et de la convention collective

Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1

3

[TRADUCTION]

135 Chaque convention collective doit comporter un mécanisme pourvoyant au règlement des différends qui surgissent entre les parties ou les personnes liées par la convention et qui découlent, selon le cas :

- a) de l'interprétation, l'application ou la mise en œuvre de la convention collective;
- b) d'une contravention ou prétendue contravention à la convention collective;
- c) de la question de savoir si un différend visé à l'alinéa a) ou b) peut être soumis à l'arbitrage.

136 La convention collective qui ne comporte pas les dispositions exigées par l'article 135 est réputée comporter celles parmi les dispositions suivantes à l'égard desquelles elle est muette :

g) *L'arbitre entend le différend et rend une sentence écrite, laquelle est définitive et lie les parties ainsi que tout employé touché par celle-ci.*

j) *Si l'arbitre conclut dans sa sentence qu'un employé a, pour un motif valable, été congédié par son employeur ou, pour un tel motif, a fait l'objet d'une autre mesure disciplinaire, et si la convention collective ne prévoit pas de sanction précise pour l'infraction visée par l'arbitrage, l'arbitre peut substituer au congédiement ou à la mesure disciplinaire toute sanction qu'il estime juste et raisonnable eu égard à toutes les circonstances.*

142(1) Sous réserve du paragraphe (2), un arbitre, un conseil d'arbitrage ou un autre organe ne peut, par sa sentence, modifier les clauses d'une convention collective.

(2) Si un arbitre, un conseil d'arbitrage ou un autre organe conclut qu'un employé a, pour un motif valable, été congédié par son employeur ou, pour un tel motif, a fait l'objet d'une autre mesure disciplinaire, et si la

infraction that is the subject-matter of the arbitration, the arbitrator, arbitration board or other body may substitute some other penalty for the discharge or discipline that to the arbitrator, arbitration board or other body seems just and reasonable in all the circumstances.

145(1) Subject to subsection (2), no award or proceeding of an arbitrator, arbitration board or other body shall be questioned or reviewed in any court by application for judicial review or otherwise, and no order shall be made or process entered or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, declaratory judgment, prohibition, quo warranto or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the arbitrator, arbitration board or other body in any of the arbitrator's or its proceedings.

(2) A decision, order, directive, declaration, ruling or proceeding of an arbitrator, arbitration board or other body may be questioned or reviewed by way of an application for judicial review seeking an order in the nature of certiorari or mandamus if the originating notice is filed with the Court no later than 30 days after the date of the proceeding, decision, order, directive, declaration or ruling or reasons in respect of it, whichever is later.

(3) The Court may, in respect of an application under subsection (2),

- (a) determine the issues to be resolved on the application, and
- (b) limit the contents of the return from the arbitrator or arbitration board to those materials necessary for the disposition of those issues.

Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 2000, c. P-43

44 Sections 134 to 146 of the *Labour Relations Code* apply in respect of collective agreement arbitration under this Act, except that in sections 136(e), 137(1), 138(1)(a) and (b) and 141(2) and (4) of the Code, the references to "Director" shall be read as references to "Board".

. . .
63(1) No award, proceeding or decision of a tribunal shall be questioned or reviewed in any court, and no order shall be made or process entered or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, declaratory judgment, prohibition, quo warranto or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the tribunal in any of the tribunal's proceedings.

convention collective ne prévoit pas de sanction précise pour l'infraction visée par l'arbitrage, l'arbitre, le conseil d'arbitrage ou l'autre organe peut substituer au congédiement ou à la mesure disciplinaire la sanction qu'il estime juste et raisonnable eu égard à toutes les circonstances.

145(1) Sous réserve du paragraphe (2), sont irrecevables devant un tribunal judiciaire les demandes de contestation ou de révision des décisions ou mesures prononcées par un arbitre, un conseil d'arbitrage ou un autre organe, ou les instances visant la contestation, la révision, l'interdiction ou la limitation des activités de l'arbitre, du conseil d'arbitrage ou de l'organe concerné, par voie notamment d'injonction, de jugement déclaratoire, de bref de prohibition ou de *quo warranto*.

(2) Sont recevables devant un tribunal judiciaire les demandes de contestation ou de révision des décisions, ordonnances, directives ou déclarations d'un arbitre, conseil d'arbitrage ou autre organisme, ou les instances visant la révision par voie d'une ordonnance de la nature d'un *certiorari* ou d'un *mandamus*, si l'acte introductif d'instance est déposé devant la Cour au plus tard 30 jours après la date de la décision, ordonnance, directive ou déclaration, ou des motifs y afférents, si cette date est postérieure.

(3) Le tribunal judiciaire peut, à l'égard d'une demande visée au paragraphe (2) :

- a) établir les questions à trancher;
- b) limiter le contenu du rapport de l'arbitre ou du conseil d'arbitrage aux éléments nécessaires pour statuer sur ces questions.

Public Service Employee Relations Act, R.S.A. 2000, ch. P-43

[TRADUCTION]

44 Les articles 134 à 146 du *Labour Relations Code* s'appliquent à l'arbitrage de la convention collective effectué sous le régime de la présente loi, sous réserve du fait qu'à l'alinéa 136e), au paragraphe 137(1), aux alinéas 138(1)a) et b) et aux paragraphes 141(2) et (4) du Code le mot « directeur » s'entend de la « Commission ».

. . .
63(1) Sont irrecevables devant un tribunal judiciaire les demandes de contestation ou de révision des sentences, décisions ou procédures d'un tribunal administratif, ou les instances visant la contestation, la révision, l'interdiction ou la limitation des activités du tribunal administratif concerné, par voie notamment d'injonction, de jugement déclaratoire, de bref de prohibition ou de *quo warranto*.

(2) Notwithstanding subsection (1), the award, proceeding or decision of a tribunal may be questioned or reviewed by way of an application for certiorari or mandamus if an application for it is filed with the Court not later than 30 days after the date of the award, proceedings or decision of the tribunal.

Article 12.16 of the Collective Agreement between the Board of Governors of Lethbridge Community College and the Alberta Union of Provincial Employees, Local 071-001, for the period from July 1, 1997 to June 30, 1999 reads as follows:

12.16 The decision of the Arbitration Board shall be final and binding on the employee and the Parties.

III. Background

The appellant employer, the Board of Governors of the Lethbridge Community College, hired the respondent grievor, Sylvia Babin (the “grievor”), as a Scheduling Coordinator on November 20, 1995. In this position, the grievor was required to implement an electronic scheduling system for courses offered by the College. The College dismissed the grievor on October 9, 1997, on grounds that she failed to meet deadlines and that her work was incomplete. The grievor and the respondent Alberta Union of Provincial Employees grieved the dismissal, alleging dismissal without just cause, in contravention of the collective agreement.

A. Arbitration Award (December 21, 1999)

Chair McFetridge, writing for the arbitration board, found that the grievor’s circumstances reflected a non-culpable deficiency on the basis that her inability to meet the requirements of her position was due to incompetence. The board found that just cause for discharge had not been shown, as the appellant had failed to comply with the requirements set out in *Re Edith Cavell Private Hospital and Hospital Employees’ Union, Local 180* (1982), 6 L.A.C. (3d) 229 (B.C.), for dismissal of an

(2) Par dérogation au paragraphe (1), sont recevables devant un tribunal judiciaire les demandes de contestation ou de révision des sentences, décisions ou procédures d’un tribunal administratif par voie de *certiorari* ou de *mandamus*, si l’acte introductif d’instance est déposé devant le tribunal judiciaire au plus tard 30 jours après la date de la sentence, décision ou procédure du tribunal administratif concerné.

Voici le texte de l’article 12.16 de la convention collective liant le conseil des gouverneurs du Lethbridge Community College et l’Alberta Union of Provincial Employees, section locale 071-001, pour la période comprise entre le 1^{er} juillet 1997 et le 30 juin 1999 :

[TRADUCTION]

12.16 La décision du conseil d’arbitrage est définitive et lie l’employé et les parties.

III. Le contexte

Le 20 novembre 1995, l’employeur appellant, le conseil des gouverneurs du Lethbridge Community College a engagé la plaignante intime, Sylvia Babin (la « plaignante »), à titre de coordonnatrice des horaires. Les fonctions de la plaignante consistaient à informatiser l’horaire des cours offerts par le collège. Le 9 octobre 1997, la plaignante a été congédiée parce qu’elle ne respectait pas les échéances et que ses travaux étaient incomplets. La plaignante et le syndicat intimé, l’Alberta Union of Provincial Employees (le « Syndicat »), ont contesté le congédiement par voie de grief, plaidant que la première avait été congédiée sans motif valable, en contravention de la convention collective.

A. La sentence arbitrale (21 décembre 1999)

S’exprimant au nom du conseil d’arbitrage, le président McFetridge a conclu que les circonstances révélaient l’existence de lacunes non blâmables chez la plaignante, son incapacité à satisfaire aux exigences de son poste étant due à son incompétence. Le conseil a estimé que l’appelant n’avait pas établi l’existence d’un motif de congédiement valable, puisqu’il n’avait pas respecté les conditions qui s’appliquent en cas de congédiement d’un employé pour cause de lacunes non blâmables et qui ont été

employee on grounds of non-culpable deficiency. Prior to dismissal for non-culpable deficiency, under the *Re Edith Cavell* criteria an employer must (a) define the level of job performance required, (b) communicate that standard to the employee, (c) provide reasonable supervision and instruction and allow the employee a reasonable period of time to reach the standard, (d) establish an inability on the part of the employee to reach the requisite standard to an extent rendering the individual incapable of performing the job and that reasonable efforts were taken to find alternative employment within the competence of the employee; and (e) provide reasonable warnings to the employee to convey that a failure to meet the standard could result in dismissal (*Re Edith Cavell, supra*, at p. 233). Focussing on the last two of these criteria, the board found that the employer had failed this test since a reasonable effort was not made to find the grievor an alternative position at the workplace, nor was she apprised of the seriousness of the situation.

- 6 In fashioning a remedy, the board concluded that it could substitute a financial award under s. 142(2) of the Code against the appellant. Owing to a *bona fide* reorganization of the workplace, the grievor's previous position no longer existed. The board rejected the possibility of ordering the employer to make efforts to find another position because that would neither guarantee the grievor employment, nor provide a lasting solution. The board awarded the grievor damages in the amount of four months' salary, having taken into consideration common law principles such as age, length of service and the nature of her position. The board also reasoned that she was unable to handle the duties and responsibilities of her position, and would not have been able to improve her performance or lengthen her employment to any significant extent even with prior warnings.

- 7 Arbitrator Bartee dissented from the board's decision on the basis that the board had made a jurisdictional error with respect to remedy. Arbitrator Bartee

énoncées dans *Re Edith Cavell Private Hospital and Hospital Employees' Union, Local 180* (1982), 6 L.A.C. (3d) 229 (C.-B.) : a) définir le niveau de rendement requis; b) communiquer cette norme à l'employé; c) lui offrir l'encadrement et la formation appropriés et lui accorder un délai raisonnable pour satisfaire à la norme; d) établir que l'incapacité de l'employé de satisfaire à la norme l'empêche de s'acquitter de sa tâche et que des efforts raisonnables ont été faits pour trouver un autre poste correspondant à ses compétences; e) donner à l'employé des avertissements propres à lui indiquer que le défaut de satisfaire à la norme pourrait entraîner son congédiement (*Re Edith Cavell*, précité, p. 233). Mettant l'accent sur ces deux derniers éléments, le conseil a conclu que l'employeur n'avait pas satisfait aux exigences, puisqu'il n'avait pas fait d'efforts raisonnables pour affecter la plaignante à un autre poste et ne l'avait pas informée de la gravité de la situation.

En ce qui concerne la réparation, le conseil a estimé que le par. 142(2) du Code lui permettait d'ordonner à l'appelant de verser des dommages-intérêts à la plaignante au lieu de la réintégrer. Par suite d'une réorganisation du milieu de travail effectuée de bonne foi, le poste de la plaignante n'existe plus. Le conseil a exclu la possibilité d'ordonner à l'employeur de s'efforcer de lui trouver un autre poste, car cela n'aurait ni garanti un emploi à la plaignante ni constitué une solution à long terme. Après avoir pris en considération des critères prévus par la common law tels l'âge de l'intéressée, ses états de service et la nature de son poste, le conseil d'arbitrage a accordé à la plaignante des dommages-intérêts correspondant à quatre mois de salaire. Le conseil a également estimé qu'elle était incapable de s'acquitter des fonctions et responsabilités de son poste et que, même si elle avait reçu des avertissements, elle n'aurait pas été en mesure d'améliorer son rendement ou de prolonger de façon appréciable sa période d'emploi.

Dissident, l'arbitre Bartee a estimé que le conseil avait commis une erreur touchant à sa compétence en matière de réparation. Selon lui, dans les cas où,

opined that where, as in this case, the employer failed to follow the appropriate steps outlined in *Re Edith Cavell, supra*, the only remedy that the board can order is reinstatement.

B. *Alberta Court of Queen's Bench* (2000), 280 A.R. 139, 2000 ABQB 1006

The chambers judge dismissed the application for judicial review on the preliminary argument that the respondents were precluded from seeking judicial review of the board's decision, having accepted payment of the arbitration award sought to be reviewed. Smith J. found that, under the doctrine of election, the acceptance of the award was inconsistent with the asserted right of reinstatement.

The application for judicial review was also dismissed on its merits. Smith J. determined that the interpretation of s. 142(2) ought properly be reviewed against a standard of reasonableness, while the application of the section to the facts must meet the patent unreasonableness standard. She found both standards to have been met. The board's interpretation of s. 142(2) to include any form of discharge, whether culpable or not, was reasonable in light of the wording of the section. It was further reasonable for the board to substitute another remedy for reinstatement, where special circumstances exist and on the basis of broad remedial authority.

C. *Alberta Court of Appeal* (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 275, 2002 ABCA 125

The court overturned the chambers judge's finding on the doctrine of election, holding that the grievor had not made an election by accepting payment of the arbitration award, on the basis that she had not clearly indicated that she had accepted it in lieu of judicial review.

In respect of the interpretation of s. 142(2), the court determined that the appropriate standard of

comme en l'espèce, l'employeur n'a pas suivi les étapes énumérées dans l'affaire *Re Edith Cavell*, précitée, la seule réparation possible est la réintégration.

B. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (2000), 280 A.R. 139, 2000 ABQB 1006

La juge en chambre Smith a rejeté la demande de contrôle judiciaire, accueillant l'argument préalable selon lequel les intimés ne pouvaient solliciter la révision de la décision du conseil, puisqu'ils avaient accepté le paiement de la réparation pécuniaire accordée. Elle a estimé que, suivant le principe de l'obligation d'opter, l'acceptation par la plaignante de la réparation était incompatible avec le droit à la réintégration qu'elle invoquait.

La juge Smith a également rejeté quant au fond la demande de contrôle judiciaire. Elle a estimé que le par. 142(2) devait être interprété en fonction de la norme de la raisonnable, alors que l'application de la disposition aux faits de l'espèce devait satisfaire à la norme de la décision manifestement déraisonnable ou de la déraisonnable manifeste. La juge Smith a conclu que les deux normes avaient été respectées. L'interprétation voulant que le par. 142(2) s'applique à toute forme de congédiement — pour conduite blâmable ou non — était raisonnable à la lumière du texte de la disposition. La décision du conseil de substituer une autre réparation à la réintégration était également raisonnable, vu les circonstances particulières de l'espèce et l'étendue du pouvoir de réparation du conseil.

C. *Cour d'appel de l'Alberta* (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 275, 2002 ABCA 125

La Cour d'appel a infirmé la conclusion de la juge en chambre fondée sur le principe de l'obligation d'opter, estimant que la plaignante n'avait pas fait un choix en acceptant le paiement de la réparation pécuniaire, étant donné qu'elle n'avait pas clairement indiqué qu'elle l'acceptait en contrepartie de sa renonciation au contrôle judiciaire.

En ce qui concerne l'interprétation du par. 142(2), la Cour d'appel a jugé que la norme de

8

9

10

11

review was correctness, while the board's decision as to remedy was to be reviewed against a standard of patent unreasonableness. The court found that s. 142(2) does not apply to non-culpable behaviour, and as such the board was incorrect in applying s. 142(2) to the circumstances of Ms. Babin's dismissal. The court noted that cause to dismiss for incompetence is considered only to exist where the test in *Re Edith Cavell* has been satisfied. Absent compliance with the *Re Edith Cavell* criteria, the usual and expected remedy is reinstatement. The court interpreted s. 142(2) as applying only where the board found cause for the discipline, but the penalty imposed by the employer was not just and reasonable.

12

With respect to the remedy ordered, the court noted at the outset that the board did not appear to consider or rely upon a broad remedial power beyond s. 142(2) in rendering its award. Upon reviewing the relevant jurisprudence and principles of labour law, the court acknowledged that the remedial power of labour arbitrators does not derive solely from express statutory grant, but from the need for final and binding resolution of grievances. Security of tenure and confidence in dispute resolution mechanisms operate as a check on the scope of this remedial jurisdiction. The court held that in circumstances such as those of the grievor's dismissal, the board may vary the usual remedy of reinstatement only where exceptional circumstances exist. In this case, the court held that the board did not rely upon a broad remedial jurisdiction, and did not consider whether extraordinary circumstances existed to justify variation of the remedy. On the record, the court was doubtful that such a finding could have been justified or sustained. The court allowed the respondents' appeal and ordered that the grievor be reinstated, referring the quantum of back pay to the board for determination.

contrôle appropriée était celle de la décision correcte, alors que le choix de la réparation était assujetti à la norme de la décision manifestement déraisonnable. La cour a conclu que le par. 142(2) ne s'appliquait pas en cas de comportements non blâmables et que, en conséquence, le conseil avait eu tort de l'appliquer au congédiement de Mme Babin. La Cour d'appel a souligné qu'un congédiement pour incomptence n'est justifié que si les conditions énoncées dans l'affaire *Re Edith Cavell* sont réunies, faute de quoi la réparation habituellement escomptée est la réintégration. La Cour d'appel a considéré que le par. 142(2) ne s'applique que dans les cas où le conseil conclut que la mesure disciplinaire était justifiée, mais que la sanction infligée par l'employeur n'était pas juste et raisonnable.

Pour ce qui est de la réparation, la Cour d'appel a tout d'abord fait observer que le conseil ne semblait pas avoir considéré l'application d'un pouvoir de réparation plus large que celui prévu au par. 142(2), ni s'être fondé sur un tel pouvoir. Après avoir examiné la jurisprudence pertinente et les principes du droit du travail applicables, la Cour d'appel a reconnu que le pouvoir de réparation de l'arbitre ne découle pas uniquement d'une disposition expresse de la loi, mais aussi de la nécessité d'apporter aux griefs des solutions définitives et contraignantes. La portée de ce pouvoir de réparation est tempérée par le principe de la sécurité d'emploi et par la confiance dans le processus de règlement des différends. La Cour d'appel a estimé que, dans une situation comme le congédiement de la plaignante, le conseil ne peut écarter la réparation habituelle — en l'occurrence la réintégration — qu'en présence de circonstances exceptionnelles. En l'espèce, la cour a jugé que le conseil n'a pas exercé son pouvoir général de réparation et ne s'est pas demandé s'il existait des circonstances extraordinaires justifiant l'octroi d'une autre réparation. Il appert du dossier que la Cour d'appel doutait qu'une telle conclusion eût pu être justifiée ou confirmée. La cour a accueilli l'appel des intimés et ordonné la réintégration de la plaignante, laissant au conseil le soin de déterminer le montant de l'arriéré de salaire.

IV. Issues

This appeal raises two basic issues. The first concerns the scope of the board's jurisdiction under s. 142(2) of the Code, and the second concerns the exercise of the board's remedial power in light of that jurisdiction. In the reasons that follow, I briefly set out the standard of review against which the board's decision on each issue must be assessed, before turning to analyse the issues themselves.

V. Analysis

A. *Standards of Review*

The review of decisions taken by administrative bodies is governed by the pragmatic and functional approach, as established by the jurisprudence of this Court; see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63. Under this approach, reviewing courts consider four contextual factors: (a) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (b) the relative expertise of the administrative body to that of the reviewing court with respect to the issue in question; (c) the purposes of the legislation and of the provision in particular; and (d) the nature of the question as one of law, fact, or mixed law and fact (*Dr. Q, supra*, at para. 26). According to the case law, a highly technical or mechanistic approach is to be avoided; instead the interplay among the four factors determines the level of deference owed to the administrative decision itself. This further correlates to three standards of review: correctness, reasonableness, and patent unreasonableness (*Ryan, supra*, at para. 24).

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions fondamentales. La première touche l'étendue de la compétence dont disposent les conseils d'arbitrage en vertu du par. 142(2) du Code, et la seconde l'exercice du pouvoir de réparation des conseils à la lumière de cette compétence. Dans les motifs qui suivent, je vais d'abord exposer brièvement la norme de contrôle au regard de laquelle doit être appréciée la décision du conseil sur chacune de ces questions, puis j'analyserai les questions elles-mêmes.

V. L'analyse

A. *Normes de contrôle*

Comme l'a établi la jurisprudence de notre Cour, c'est l'analyse pragmatique et fonctionnelle qui s'applique au contrôle des décisions des organismes administratifs : *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63. Dans le cadre de cette analyse, quatre facteurs contextuels doivent être pris en compte : a) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; b) l'expertise de l'organisme administratif par rapport à celle de la cour de révision quant à la question en litige; c) l'objet de la loi et de la disposition particulière; d) la nature de la question — de droit, de fait ou mixte de fait et de droit — (*Dr Q*, précité, par. 26). La jurisprudence enseigne qu'il faut éviter de recourir à une analyse très technique ou mécanique; c'est plutôt l'interaction des quatre facteurs qui détermine le degré de déférence que commande la décision administrative elle-même. Ce facteur doit en outre être mis en corrélation avec trois normes de contrôle : la décision correcte, la raisonnalibilité et la déraisonnalité manifeste (*Ryan*, précité, par. 24).

15

It is against the proper standard of review that each administrative decision must be measured. The pragmatic and functional approach will not necessarily result in the same standard of review being applied to every decision taken by the arbitrator in the course of arbitration proceedings, as recently affirmed by Arbour J. in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79, supra*, at para. 14.

16

As noted in the courts below, the relevant provisions of the Code, the *Public Service Employee Relations Act*, R.S.A. 2000, c. P-43 (“*PSERA*”), and the collective agreement do not grant full privative protection to decisions of the arbitration board. The strong language of s. 145(1) of the Code and s. 63(1) of the *PSERA* is undercut by the concomitant thirty-day period of review by way of application for *certiorari* or *mandamus* in s. 63(2) of the *PSERA* and s. 145(2) of the Code. Moreover, the “final and binding” clause in Article 12.16 of the collective agreement provides only a “limited shield against judicial review” in light of this Court’s review of a similar clause in *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at p. 264; see also *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers’ Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at para. 23. In general terms, the stronger the privative clause, the greater the deference due and correspondingly, the weaker the privative clause (or in the absence of one), less deference is owed (*Dr. Q, supra*, at para. 27; *Voice Construction, supra*, at para. 18). Section 145 of the Code, ss. 44 and 63(2) of the *PSERA* and Article 12.16 of the collective agreement do not have the preclusive effect of a full privative clause. Nevertheless, the provisions continue to attract some deference to the decisions of the arbitration board.

Chaque décision administrative doit être évaluée au regard de la norme de contrôle appropriée. Comme l’a récemment confirmé la juge Arbour dans l’arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, précité, par. 14, l’analyse pragmatique et fonctionnelle n’aboutit pas nécessairement à l’application de la même norme de contrôle à chacune des décisions prises par l’arbitre au cours d’un arbitrage.

1. Norme de contrôle applicable à l’interprétation de l’art. 142

Comme l’ont signalé les juridictions inférieures, les dispositions pertinentes du Code, de la *Public Service Employee Relations Act*, R.S.A. 2000, ch. P-43 (« *PSERA* ») et de la convention collective ne mettent pas les décisions des conseils d’arbitrage à l’abri de tout contrôle judiciaire. Le texte par ailleurs catégorique des par. 145(1) du Code et 63(1) de la *PSERA* est tempéré par l’existence parallèle du délai de 30 jours accordé, aux par. 63(2) de la *PSERA* et 145(2) du Code, pour demander la révision de la décision par voie de *certiorari* ou de *mandamus*. En outre, la clause 12.16 de la convention collective, qui précise que la décision est « définitive et lie » les parties, n’offre qu’une « protection [...] limitée contre le contrôle judiciaire » suivant la décision rendue par notre Cour à l’égard d’une clause semblable dans l’arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, p. 264; voir également *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers’ Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 23. En règle générale, plus stricte est la clause privative, plus grande est la déférence requise et, à l’inverse, plus faible est la clause privative (ou en l’absence d’une telle clause), moins grande est la déférence requise (*Dr Q, précité, par. 27; Voice Construction, précité, par. 18*). L’article 145 du Code ainsi que l’art. 44 et le par. 63(2) de la *PSERA* et la clause 12.16 de la convention collective n’ont pas l’effet préclusif d’une clause privative absolue, mais ils continuent néanmoins de faire profiter les décisions des conseils d’arbitrage d’une certaine déférence.

The relative expertise of the board also militates in favour of some deference. Arbitrators function as labour relations gatekeepers, and the core of their expertise lies in the interpretation and application of collective agreements in light of the governing labour legislation. In this case, the arbitration board was called upon to interpret the Code, legislation intimately connected with its mandate; see *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48, and *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39. Moreover, where the provisions at issue have been incorporated into the collective agreement, as in these circumstances, deference to the board is further justified. In this regard, see D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (3rd ed. 2003), at §2:2120.

The analysis under the third factor of the pragmatic and functional approach must canvass the purpose of the statutory scheme as a whole and of the provisions implicated in the review; see *Dr. Q, supra*, at para. 30. As explained in *Toronto Board of Education, supra*, at para. 36, and recently affirmed in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, at para. 17, the purpose of grievance arbitration is to “secure prompt, final and binding settlement of disputes arising out of the interpretation or application of collective agreements and the disciplinary actions taken by an employer”. The purpose of the provision particular to this appeal, s. 142(2) of the Code, is at once jurisdictional and remedial, conferring upon the board authority to substitute a penalty for the discharge or discipline of an employee that seems just and reasonable in all the circumstances. The jurisdictional aspect of the provision attracts less deference, as administrative bodies are entirely statutory and thus must be correct in assessing the scope of their mandate; see *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3,

17

L'expertise relative des conseils d'arbitrage milité également en faveur de la reconnaissance d'une certaine déférence à leur endroit. Les arbitres exercent un rôle de surveillance en matière de relations de travail, et l'essentiel de leur expertise touche à l'interprétation et à l'application des conventions collectives au regard de la législation du travail. En l'espèce, le conseil d'arbitrage était appelé à interpréter le Code, un texte de loi intimement lié à son mandat : voir *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48, et *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. De plus, lorsque les dispositions visées ont été incorporées à la convention collective, comme c'est le cas dans la présente affaire, il est encore plus justifié de faire montre de déférence envers le conseil d'arbitrage. À ce sujet, voir D. J. M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (3^e éd. 2003), §2:2120.

18

Au troisième volet de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, il faut examiner l'objet de l'ensemble du régime établi par la loi ainsi que des dispositions particulières visées par le contrôle : voir *Dr Q, précité*, par. 30. Comme notre Cour l'a expliqué dans *Conseil de l'éducation de Toronto, précité*, par. 36, et confirmé récemment dans *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, par. 17, le but de l'arbitrage des griefs est « d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends concernant l'interprétation ou l'application d'une convention collective, ainsi que les mesures disciplinaires prises par les employeurs ». L'objet de la disposition particulière visée par le présent pourvoi, en l'occurrence le par. 142(2) du Code, touche à la fois à la compétence et au pouvoir de réparation et investit le conseil du pouvoir de substituer au congédiement ou à la mesure disciplinaire infligée à l'employé une autre sanction qui lui paraît juste et raisonnable eu égard à toutes les circonstances. L'aspect compétence de la disposition commande une moins grande déférence dans la mesure où un organisme administratif est une pure

at para. 24. Its remedial nature, however, militates broadly in favour of greater deference, as expressed by this Court in *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768. On balance, an approach more deferential than exacting is suggested.

19

Of course, by itself, the interpretation of s. 142(2) of the Code is a question of law and thus militates in favour of less deference to the board. As noted by Bastarache J. in *Pushpanathan, supra*, at para. 38, “the generality of the proposition decided will be a factor in favour of the imposition of a correctness standard”. Section 142(2) calls for statutory interpretation of a general remedy power, the scope of which is itself a legal issue. While a similar provision, s. 136(j) of the Code, is deemed to be included in the collective agreement governing the parties’ labour relations, the essence of the query remains the same. The interpretation of s. 142(2), however, presupposes an understanding and analysis of labour law issues, militating in favour of deference to the board. Further, the nature of the question as one of more or less precedential value is mixed. While decisions of arbitration boards are not precedential and binding *per se*, substantial arbitral consensus does often arise with respect to particular legal developments, and where jurisdiction to interpret legislation is shared between courts and arbitrators, prior judicial decisions are regarded as binding; see *Brown and Beatty, supra*, at §1:3300. The nature of this issue, namely whether arbitration boards may substitute damages in lieu of reinstatement, suggests heightened precedential value given the existence of conflicting lines of jurisprudence and widespread application, which in turn calls for less deference to the board.

émanation de la loi et est en conséquence tenu de déterminer correctement la portée de son mandat : voir *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 24. Toutefois, la nature réparatrice de la disposition appelle généralement une grande déférence : *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768. En définitive, une démarche plus déférante que rigoriste s’impose.

Il va de soi que l’interprétation du par. 142(2) du Code constitue en soi une question de droit, facteur qui milite en faveur d’une déférence moins grande à l’endroit du conseil. Comme l’a fait remarquer le juge Bastarache dans l’arrêt *Pushpanathan*, précité, par. 38, « la généralité de la proposition tranchée sera un facteur militant en faveur de l’imposition de la norme de la décision correcte ». L’examen du par. 142(2) requiert l’interprétation d’un pouvoir général de réparation dont l’étendue constitue en soi une question de droit. Bien qu’une disposition analogue, l’al. 136j) du Code, soit réputée faire partie de la convention collective régissant les relations de travail entre les parties, l’analyse demeure essentiellement la même. Toutefois, l’interprétation du par. 142(2) presuppose la compréhension et l’analyse de questions de droit du travail, facteur qui incite à la déférence envers le conseil. En outre, la question — qui pourrait avoir une valeur plus ou moins grande en tant que précédent — est une question mixte. Bien que les décisions des conseils d’arbitrage n’ait pas valeur de précédent et ne soient pas contraignantes en soi, il arrive souvent qu’un large consensus se dégage parmi les conseils d’arbitrage sur une question de droit donnée, et lorsque tribunaux judiciaires et arbitres ont compétence pour interpréter la loi, les décisions des premiers lient les seconds : voir *Brown et Beatty, op. cit.*, §1:3300. Vu la nature de la question — c’est-à-dire celle de savoir si un conseil d’arbitrage peut ou non remplacer la réintégration par le paiement de dommages-intérêts —, il y a davantage de chances que sa solution ait valeur de précédent, étant donné l’existence de courants jurisprudentiels contradictoires et l’ampleur du champ d’application de ce pouvoir, situation qui appelle à moins de déférence à l’endroit du conseil.

Having generally considered the above factors, I conclude that the proper standard of review of the board's decision regarding the interpretation of s. 142 is that of reasonableness.

2. Standard of Review for the Arbitration Board's Award

The analysis of the first three factors under the pragmatic and functional approach in relation to the award ordered by the board does not differ from that set out above. I have focussed my attention here on the fourth factor, the nature of the problem.

The board's decision to substitute damages in lieu of reinstatement is a question of mixed fact and law, requiring the application of law to the necessary findings of fact. The nature of the question calls for greater deference given its fact intensity, as considered by this Court in *Dr. Q, supra*, at para. 34. The arbitration board's decision to substitute damages in lieu of reinstatement was based on the facts of the dispute. The board was best positioned to assess credibility and weigh evidence put before it in fashioning an appropriate remedy. As discussed by Arbour J. in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at para. 68, when reviewing the ultimate remedial decisions of administrative tribunals, courts are called upon to "pass judgment" on the tribunal's "ability to assess, weigh, and apply the evidence to a particular legal threshold while discharging its core function". The arbitration board's conclusions on such questions of mixed law and fact ought to be afforded deference, given the need for the board to exercise its function in an authoritative and binding fashion. Moreover, the lower precedential value of the board's remedial disposition further militates in favour of some deference.

À l'issue d'un examen général des facteurs susmentionnés, j'arrive à la conclusion que la norme de contrôle applicable à la décision du conseil sur l'interprétation de l'art. 142 est celle de la raisonnableté.

2. Norme de contrôle applicable au choix de la réparation accordée par le conseil d'arbitrage

Pour ce qui est de la réparation accordée, l'examen des trois premiers volets dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle ne diffère en rien de l'examen décrit précédemment. Je me suis attaché ici au quatrième volet, soit la nature de la question.

La décision du conseil de remplacer la réintégration par le paiement de dommages-intérêts est une question mixte de fait et de droit demandant l'application des règles de droit pertinentes aux conclusions de fait nécessaires. Conformément aux conclusions de notre Cour dans *Dr Q*, précité, par. 34, en l'espèce la question appelle de par sa nature une déférence accrue parce qu'elle est éminemment factuelle. La décision du conseil d'arbitrage d'accorder des dommages-intérêts au lieu d'ordonner la réintégration de la plaignante s'appuyait sur les faits du différend. Le conseil était mieux placé pour apprécier la crédibilité des témoins et soulever la preuve offerte, puis pour décider de la réparation indiquée. Comme l'a expliqué la juge Arbour dans l'arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 68, le tribunal judiciaire appelé à réviser la décision finale d'un tribunal administratif quant à la réparation accordée doit « se prononcer » sur la « capacité [du tribunal administratif] d'apprécier, de soupeser et d'appliquer la preuve en fonction d'un seuil légal particulier tout en exerçant sa fonction essentielle ». Les conclusions du conseil d'arbitrage sur de telles questions mixtes de droit et de fait appellent à la déférence de façon à permettre au conseil de s'acquitter de son mandat en rendant des décisions contraignantes et faisant autorité. De plus, la valeur jurisprudentielle moins grande de la décision du conseil concernant la réparation milite également en faveur de la reconnaissance d'un certain degré de déférence.

20

21

22

23 After consideration of the four factors of the pragmatic and functional approach, I conclude that this decision must also be assessed against the standard of reasonableness.

B. *Application of Reasonableness to the Interpretation of Section 142(2)*

24 Having found that the board's interpretation of s. 142(2) with respect to remedy must be gauged against the standard of reasonableness, I turn to consider whether the board's decision has met this standard. For the reasons that follow, I conclude that the board's statutory interpretation did meet the reasonableness standard.

1. The Modern Approach to Statutory Interpretation

25 The prevailing approach to statutory interpretation is that proposed by E. A. Driedger, wherein "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" (*Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). This approach has been widely endorsed by this Court; see, as illustrations, *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at p. 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33, *per* McLachlin C.J.; *Chieu, supra*, at para. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28, at para. 20; and *Parry Sound, supra*, at para. 41. This principle is supported by the Alberta *Interpretation Act*, R.S.A. 2000, c. I-8, s. 10, which states that "[a]n enactment shall be construed as being remedial, and shall be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensures the attainment of its objects".

26 As held in *Bell ExpressVu, supra*, at para. 27, context in the construction of statutory language is invaluable. The modern approach recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the

Après examen des quatre volets de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, je conclus que la décision sur la réparation doit elle aussi être évaluée au regard de la norme de la raisonnableté.

B. *Application de la norme de la raisonnableté à l'interprétation du par. 142(2)*

Ayant conclu que la norme de la raisonnableté s'applique à l'interprétation donnée par le conseil d'arbitrage du par. 142(2) en ce qui a trait à la réparation, je vais maintenant me demander si cette décision satisfait à cette norme. Pour les motifs qui suivent, j'estime que l'interprétation du texte de loi respectait la norme de la raisonnableté.

1. La méthode moderne d'interprétation des lois

La méthode qui prévaut en matière d'interprétation des lois est celle préconisée par E. A. Driedger : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). Notre Cour a fait sienne cette méthode dans de nombreux arrêts : par exemple, *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, p. 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33, la juge en chef McLachlin; *Chieu*, précité, par. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28, par. 20; et *Parry Sound*, précité, par. 41. Ce principe est étayé par la loi de l'Alberta intitulée *Interpretation Act*, R.S.A. 2000, ch. I-8, art. 10, qui dispose ainsi : [TRADUCTION] « 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 ».

Comme a conclu notre Cour dans l'arrêt *Bell ExpressVu*, précité, par. 27, le contexte joue un rôle inestimable dans l'interprétation d'une disposition législative. La méthode moderne reconnaît

wording of the provision alone. Indeed, the words of the particular provision must be considered in light of the legislation as a whole.

2. Application to This Case

At the outset, I note the interrelated and interdependent nature of the interpretive factors set out by Driedger, *supra*. These factors need not be canvassed separately in every case: see *Chieu, supra*, at para. 28; *Bell ExpressVu, supra*, at para. 31. In the context of this appeal, I have grouped the discussion below under two broad headings.

(a) *Grammatical and Ordinary Sense*

To recall, the disputed section reads as follows:

142. . .

(2) If an arbitrator, arbitration board or other body determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by an employer for cause and the collective agreement does not contain a specific penalty for the infraction that is the subject-matter of the arbitration, the arbitrator, arbitration board or other body may substitute some other penalty for the discharge or discipline that to the arbitrator, arbitration board or other body seems just and reasonable in all the circumstances.

I agree with the chambers judge's finding (at para. 52) that s. 142(2) reasonably supports two differing interpretations. The first such approach views the term "discharged" as informed by the word "disciplined", thereby requiring "discharged" to be interpreted as discharged solely for disciplinary reasons. However, this was not the interpretative route taken by the arbitration board. The board adopted the comments of Arbitrator Moreau in *Alberta and Alberta Union of Provincial Employees (Van Steenoven Grievance)*, [1998] A.G.A.A. No. 43 (QL), wherein the predecessor provision to s. 142(2) was found to permit review of both culpable and non-culpable dismissals. In his reasons, Arbitrator Moreau relied upon the inclusion of both "discharge" and "discipline" in the phrase "may substitute some other penalty for the discharge or discipline that to the arbitrator, arbitration board or other body seems just and

que l'interprétation d'une disposition législative ne peut reposer uniquement sur son libellé. D'ailleurs, le texte de la disposition doit être considéré dans le contexte de la loi dans son ensemble.

2. Application aux faits de l'espèce

Tout d'abord, je signale que les facteurs d'interprétation énoncés par Driedger, *op. cit.*, sont étroitement liés et interdépendants. Il n'est pas nécessaire de les analyser séparément dans chaque cas : *Chieu*, précité, par. 28; *Bell ExpressVu*, précité, par. 31. Pour les besoins du présent pourvoi, l'analyse qui suit comporte deux grandes parties.

a) *Le sens ordinaire et grammatical*

Je reproduis ici à nouveau le texte de la disposition litigieuse :

[TRADUCTION]

142. . .

(2) Si un arbitre, un conseil d'arbitrage ou un autre organe conclut qu'un employé a, pour un motif valable, été congédié par son employeur ou, pour un tel motif, a fait l'objet d'une autre mesure disciplinaire, et si la convention collective ne prévoit pas de sanction précise pour l'infraction visée par l'arbitrage, l'arbitre, le conseil d'arbitrage ou l'autre organe peut substituer au congédiement ou à la mesure disciplinaire la sanction qu'il estime juste et raisonnable eu égard à toutes les circonstances.

Je souscris à la conclusion de la juge en chambre (au par. 52) selon laquelle le par. 142(2) se prête raisonnablement à deux interprétations. Suivant la première, le terme « mesure disciplinaire » éclaire sur le sens à donner à « congédié » et, en conséquence, ne sont visés par la disposition que les congédiements pour des motifs disciplinaires. Toutefois, le conseil d'arbitrage n'a pas retenu cette interprétation. Il a fait siens les commentaires formulés par l'arbitre Moreau dans l'affaire *Alberta and Alberta Union of Provincial Employees (Van Steenoven Grievance)*, [1998] A.G.A.A. No. 43 (QL), où ce dernier a jugé que la disposition remplacée par le par. 142(2) autorisait la révision des congédiements fondés sur un comportement blâmable ou un comportement non blâmable. Dans ses motifs, l'arbitre Moreau a invoqué, au soutien de son interprétation, l'utilisation des deux termes, « congédiement » et « mesure

27

28

29

reasonable in all the circumstances” as support for his interpretation.

30 A broad interpretation of the verb “discipline” is also supported by the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. IV, at p. 735, which defines “discipline” using terms such as “to instruct, educate, train . . . to bring under control”, concepts not habitually associated with punishment *per se*. Similarly, the inclusion of broad language enabling the board to substitute “some other penalty” that in the view of the arbitrator “seems just and reasonable in all the circumstances” suggests a broad and inclusive reading of the provision. As s. 142(2) equally invites either interpretation, there was ample reason for the arbitration board to conclude that the provision applied to both culpable and non-culpable dismissals.

(b) *Legislative and Broader Context*

31 As noted earlier, modern statutory construction results from a harmonious consideration of both the wording of the provision and its legislative context, which I shall now discuss.

(i) Object and Purpose of the Act

32 The Preamble to the Code provides insight into the purposes of the statute as a whole. The primary object of the legislation is the promotion of an “effective relationship between employees and employers” through the “fair and equitable resolution of matters arising in respect of terms and conditions of employment”. When the Code was introduced in the Alberta legislature, these two tenets of the legislation were described as “philosophical statement[s]” that “must be kept in mind when reading every section of the statute” (*Alberta Hansard*, vol. II, 21st Leg., 3rd Sess., June 7, 1988, at p. 1553). The employee-employer relationship was further described as one that “should be ‘based on a common interest in the success of’ an entity that both the employer and the employee are associated with” (*Alberta Hansard, supra*, at p. 1553).

disciplinaire », dans la phrase [TRADUCTION] « peut substituer au congédiement ou à la mesure disciplinaire la sanction qu'il estime juste et raisonnable eu égard à toutes les circonstances ».

L'interprétation libérale du verbe anglais « *discipline* » trouve également appui dans la définition qu'en donne l'*Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), vol. IV, p. 735 : [TRADUCTION] « enseigner, éduquer, former [...] soumettre », notions que l'on n'associe habituellement pas au fait de punir. De même, l'emploi de termes généraux habilitant le conseil d'arbitrage à substituer au congédiement [TRADUCTION] « la sanction qu'il estime juste et raisonnable eu égard à toutes les circonstances » appelle une interprétation large et extensive de la disposition. Comme le par. 142(2) est susceptible de l'une et l'autre des interprétations, le conseil d'arbitrage était amplement justifié de conclure que la disposition s'appliquait aux congédiements pour conduite blâmable ou pour conduite non blâmable.

b) *Contexte législatif et contexte général*

Comme il a été mentionné précédemment, la méthode moderne d'interprétation des lois repose sur un examen tendant à la conciliation du libellé de la disposition concernée et du contexte législatif, point sur lequel je vais maintenant me pencher.

(i) Objet et finalité de la loi

Le préambule du Code renseigne sur l'objet de la loi dans son ensemble. L'objectif principal de la loi est de favoriser [TRADUCTION] « des relations fructueuses entre employeurs et employés » grâce au « règlement juste et équitable des différends relatifs aux conditions de travail ». Lorsque le Code a été débattu à l'assemblée législative de l'Alberta, ces deux préceptes de la loi ont été qualifiés d'[TRADUCTION] « énoncés de principe » qui « doivent être pris en compte dans l'interprétation de chacune des dispositions de la loi » (*Alberta Hansard*, vol. II, 21^e lég., 3^e sess., 7 juin 1988, p. 1553). On a également dit des relations employeur-employé qu'elles [TRADUCTION] « devaient se “fonder sur un intérêt commun dans la réussite” d'une entreprise dont sont parties tant l'employeur que l'employé » (*Alberta Hansard, op. cit.*, p. 1553).

The provision at issue arises under Division 22 of the Code concerning Collective Agreement Arbitration, the purpose of which is both procedural and remedial: ss. 135 to 136 set out core requirements along with model clauses deemed to be included in collective agreements; ss. 137 to 139 establish the procedures of appointing an arbitrator or an arbitration board; ss. 140 to 143 outline the powers of arbitrators; and ss. 144 to 146 set out the binding nature of arbitral awards.

As noted earlier, the purpose of this grievance arbitration scheme, like all others, is to “secure prompt, final and binding settlement of disputes” arising out of the collective agreement: see *Parry Sound, supra*, at para. 17. Finality in the resolution of labour disputes is of paramount significance both to the parties and to society as a whole. Grievance arbitration is the means to this end; see Brown and Beatty, *supra*, at §2:1401, that “[t]his legislative framework has been recognized and accepted as establishing an arbitral mandate to fashion effective remedies, including the power to award damages, so as to provide redress for violations of the collective agreement beyond mere declaratory relief” (emphasis added).

Clearly, the overarching purpose and scheme of the Code lend considerable support for the arbitrator to fashion a remedy to suit the particular circumstances of the labour dispute in question.

(ii) Object and Purpose of the Provision

The union and the employer make divergent submissions on the purpose of s. 142(2). In the union’s view, the provision was put in place to protect unionized employees from being subjected to excessively harsh disciplinary measures taken by employers. The employer counters that the provision has as its purpose the provision of a range of remedial tools to assist the arbitrator in fast, efficient and binding dispute resolution. The former

33

La disposition litigieuse figure dans la section 22 du Code, qui est intitulée [TRADUCTION] « Arbitrage de la convention collective » et qui porte à la fois sur les procédures et sur les réparations : les art. 135 et 136 énoncent les exigences essentielles et renferment des clauses types qui sont réputées faire partie de la convention collective; les art. 137 à 139 établissent la procédure de désignation des arbitres et des conseils d’arbitrage; les art. 140 à 143 énoncent les pouvoirs de l’arbitre; les art. 144 à 146 portent sur le caractère contraignant des sentences arbitrales.

Rappelons que, à l’instar de toute autre procédure d’arbitrage, l’objet de ce régime d’arbitrage des griefs est « d’assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends » relatifs à une convention collective : *Parry Sound*, précité, par. 17. Le caractère définitif du règlement des griefs revêt une importance primordiale tant pour les parties que pour la société en général. L’arbitrage des griefs est le moyen de réaliser cet objectif. Brown et Beatty, *op. cit.*, §2:1401, soulignent qu’[TRADUCTION] « [i]l est reconnu et accepté que ce cadre législatif donne à l’arbitre le mandat d’apporter des solutions effectives, notamment en lui accordant la faculté d’accorder des dommages-intérêts, de telle sorte qu’il peut remédier aux violations de la convention collective autrement qu’au moyen d’une simple mesure déclaratoire » (je souligne).

34

De toute évidence, l’arbitre trouve dans l’économie du Code et dans l’objectif prédominant de celui-ci de solides assises lui permettant de concevoir une réparation adaptée aux circonstances particulières du différend dont il est saisi.

(ii) L’objet de la disposition

35

Le Syndicat et l’employeur ont des vues divergentes sur l’objet du par. 142(2). Pour le Syndicat, cette disposition a été édictée pour protéger les employés syndiqués contre l’application de mesures disciplinaires excessivement sévères. Pour l’employeur, elle habilite l’arbitre à recourir à une panoplie de mesures de réparation propres à apporter une solution rapide, efficace et contraignante aux différends. Il s’agit, dans le premier cas, d’une

view espouses a narrow purpose; the latter a broad one.

37 The historical context in which the provision was enacted sheds some light on the role or purpose of the provision. The Court of Appeal discussed the origins of s. 142(2) and other sections of its kind, concluding that the provision was enacted with the purpose of returning to arbitrators the remedial authority that was seized from them in the wake of the decision in *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85. In *Port Arthur*, the Court found that once facts justifying discipline had been established, the arbitrator could not interfere with the disciplinary action taken by the employer. This unduly restrictive approach essentially prevented arbitrators from grappling with the real substance and respective merits of discharge grievances, and substantially impaired the ability of arbitrators to effect satisfactory resolutions of such disputes; see *Wm. Scott & Co. and Canadian Food and Allied Workers Union, Local P-162*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 1 (B.C.), at p. 5. While the history of the provision provides a meaningful starting point, I believe further analysis is warranted.

38 In my opinion, the remedial power located in s. 142(2) must be read harmoniously with the overarching requirement in s. 135 that “[e]very collective agreement shall contain a method for the settlement of differences arising . . . (b) with respect to a contravention or alleged contravention of the collective agreement . . .”. Absent such provision, s. 136(g) is deemed to be included in the collective agreement, and provides that “[t]he arbitrator shall inquire into the difference and issue an award in writing, and the award is final and binding on the parties and on every employee affected by it”. Read in concert, these provisions equip arbitrators with the tools required to facilitate effective and binding labour dispute resolution.

39 A similar approach was taken by the Arbitration Board in the *Van Steenoven Grievance*, *supra*, where the grievor was also found to have been dismissed without just cause for non-culpable

interprétation restrictive et, dans le second, d'une interprétation extensive.

Le contexte historique de l'édition de cette disposition jette un certain éclairage sur sa fonction ou son objet. La Cour d'appel s'est penchée sur les origines du par. 142(2) et d'autres dispositions du même genre, et elle a conclu que le paragraphe en question a pour objet de redonner aux arbitres le pouvoir de réparation qui leur avait été retiré dans la foulée de l'arrêt *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85. Dans cet arrêt, notre Cour avait jugé qu'une fois établis les faits justifiant la mesure disciplinaire en cause, l'arbitre ne pouvait modifier la mesure décidée par l'employeur. Essentiellement, cette interprétation indûment restrictive empêchait les arbitres d'examiner le fondement réel et le bien-fondé des griefs relatifs à un congédiement et elle limitait considérablement leur capacité de régler ces différends de façon satisfaisante; voir *Wm. Scott & Co. and Canadian Food and Allied Workers Union, Local P-162*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 1 (C.-B.), p. 5. Bien que l'historique de la disposition constitue un point de départ utile, je crois qu'une analyse plus approfondie s'impose.

À mon sens, le pouvoir de réparation conféré au par. 142(2) doit être interprété de façon harmonieuse avec l'exigence primordiale suivante, prévue à l'art. 135 : [TRADUCTION] « [c]haque convention collective doit comporter un mécanisme pourvoyant au règlement des différends [...] qui découlent [...] b) d'une contravention ou d'une prétendue contravention à la convention collective . . . ». Dans les cas où une convention ne renferme pas une telle disposition, elle est réputée comporter l'al. 136g) du Code, qui dispose ainsi : [TRADUCTION] « [l']arbitre entend le différend et rend une décision écrite, laquelle est définitive et lie les parties ainsi que tout employé touché par celle-ci ». Considérées ensemble, toutes ces dispositions dotent les arbitres des moyens requis pour permettre le règlement effectif et contraignant des différends.

Une démarche similaire a été adoptée dans *Van Steenoven Grievance*, précité, où le conseil d'arbitrage a également conclu que la plaignante avait été congédiée sans motif valable pour cause

incompetence. In that case, Arbitrator Moreau found himself empowered to substitute damages in lieu of reinstatement upon a global consideration of s. 140(2) (the predecessor provision to s. 142(2)), and Articles 28.07 (just cause provision) and 29.01 (definition of grievance): see *Van Steenoven Grievance*, at para. 31. Articles 13.01 and 12.01 of the collective agreement under consideration here mirror those relied upon by the *Van Steenoven* board. Arbitrator Moreau's decision was upheld upon judicial review by Lefsrud J. in *Alberta v. Alberta Union of Provincial Employees* (1998), 230 A.R. 114 (Q.B.). Recognizing that s. 140(2) did not specifically direct itself to situations in which an employee is simply unable to meet the terms and conditions of employment, Lefsrud J. nevertheless concluded, at para. 39, that

it is abundantly clear from the provisions of the collective agreement and the Division 22 statements about collective agreement arbitration that each Agreement shall contain a method for settlement of differences arising among the parties. As a result, I am satisfied that the Board had full jurisdiction to deal with the validity of the termination and conducted itself throughout the proceedings well within said jurisdiction.

Arbitrator Moreau acknowledged that his analysis diverged from that taken in an earlier decision, *Alberta v. Alberta Union of Provincial Employees* (1987), 82 A.R. 19 (Q.B.), *per Dea* J. I support the approach endorsed by Lefsrud J., inasmuch as it takes proper account of the object of the Code and of the collective agreement arbitration provisions therein.

(iii) Underlying Contextual Considerations

This Court's jurisprudence has recognized the broad remedial powers required to give effect to the grievance arbitration process. The need for restraint in the fettering of arbitral remedial authority was initially acknowledged by Dickson J. (as he then was) in *Heustis, supra*, at p. 781, wherein the policy rationale for judicial restraint was explained thus:

d'incompétence non blâmable. Dans cette affaire, l'arbitre Moreau avait estimé être habilité à accorder des dommages-intérêts au lieu de la réintégration, après avoir considéré globalement le par. 140(2) du Code (remplacé depuis par le par. 142(2)), et les clauses 28.07 (motif valable) et 29.01 (définition de grief) : *Van Steenoven Grievance*, par. 31. Les clauses 13.01 et 12.01 de la convention collective visée en l'espèce reflètent celles examinées par le conseil d'arbitrage dans cette affaire. La décision de l'arbitre Moreau a été confirmée par le juge Lefsrud au terme d'un contrôle judiciaire : *Alberta c. Alberta Union of Provincial Employees* (1998), 230 A.R. 114 (B.R.). Reconnaissant que le par. 140(2) ne s'appliquait pas directement aux cas où l'employé est tout simplement incapable de satisfaire aux exigences du poste, le juge Lefsrud a néanmoins conclu ainsi, au par. 39 :

[TRADUCTION] . . . il ressort des clauses de la convention collective et des dispositions de la section 22 concernant l'arbitrage des conventions collectives que chaque convention doit comporter un mécanisme pourvoyant au règlement des différends qui surgissent entre les parties. Je suis donc convaincu que le conseil avait entière compétence pour se prononcer sur la validité du licenciement et qu'il a respecté les limites de cette compétence tout au long de la procédure.

L'arbitre Moreau a reconnu que son analyse différait de celle suivie dans une décision antérieure : *Alberta c. Alberta Union of Provincial Employees* (1987), 82 A.R. 19 (B.R.), le juge Dea. Je fais mienne l'analyse à laquelle a souscrit le juge Lefsrud dans la mesure où elle tient suffisamment compte de l'objet du Code et de ses dispositions relatives à l'arbitrage des conventions collectives.

(iii) Considérations contextuelles sous-jacentes

Notre Cour a reconnu qu'un vaste pouvoir de réparation était nécessaire pour donner effet au processus d'arbitrage des griefs. La nécessité de ne pas entraver l'exercice des pouvoirs de réparation de l'arbitre a été reconnue pour la première fois par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Heustis*, précité, p. 781, où la considération de politique générale justifiant la limitation de l'intervention judiciaire a été expliquée comme suit :

The whole purpose in establishing a system of grievance adjudication under the Act is to secure prompt, final, and binding settlement of disputes arising out of interpretation or application of the collective agreement, or disciplinary action taken by the employer, all to the end that industrial peace may be maintained.

This Court's approach in *Heustis* foreshadowed an expansion of arbitral authority.

41

For instance, in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, the Court expressly recognized the arbitrator's heightened competence in adjudicating breach of rights under collective agreements. Decisions such as *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, its companion case *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967, and *Parry Sound, supra*, further explain how the arbitrator's role has grown to fill its mandate. In *Weber*, the Court acknowledged that arbitrators have exclusive jurisdiction over disputes arising from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement. *Parry Sound* expanded the scope of the arbitrator's jurisdiction to include human rights and other employment-related legislation. These decisions mark a trend in the jurisprudence toward conferring on arbitrators broad remedial and jurisdictional authority. Moreover, I cannot help but reiterate this Court's oft-repeated recognition of the fundamental importance of arbitral dispute resolution; see *Heustis, supra*; see also *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Toronto Board of Education, supra*, and *Parry Sound*. Arming arbitrators with the means to carry out their mandate lies at the very core of resolving workplace disputes.

42

Further to that point, I note that the categorization of employee conduct as either culpable or non-culpable and the subsequent requirement for cause in either case somewhat obscures the issue before the arbitrator. It has been argued that in cases of non-culpable conduct such as incompetence, cause

Le but de l'arbitrage des griefs en vertu de la Loi est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends résultant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective ou d'une mesure disciplinaire imposée par l'employeur, le tout dans le but de maintenir la paix.

La position de notre Cour dans *Heustis* annonçait un élargissement des pouvoirs de l'arbitre.

Par exemple, dans *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, notre Cour a expressément reconnu la compétence élargie dont dispose l'arbitre lorsqu'il statue sur la violation d'un droit prévu par une convention collective. Des arrêts comme *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, et l'affaire connexe *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967, de même que *Parry Sound*, précité, ont expliqué davantage comment s'est accru le rôle des arbitres de manière à leur permettre de s'acquitter de leur mandat. Dans *Weber*, notre Cour a reconnu que les arbitres avaient compétence exclusive à l'égard des différends portant sur l'interprétation, l'application, l'administration ou la violation d'une convention collective. L'arrêt *Parry Sound* a élargi la compétence de l'arbitre à l'application des lois sur les droits de la personne et des autres lois touchant à l'emploi. Ces décisions s'inscrivent dans un courant jurisprudentiel reconnaissant aux arbitres une compétence plus vaste et un large pouvoir de réparation. En outre, je ne peux m'empêcher de rappeler que notre Cour a à maintes reprises reconnu l'importance fondamentale du règlement des différends par voie d'arbitrage; voir *Heustis*, précité; voir aussi *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Conseil de l'éducation de Toronto*, précité, et *Parry Sound*. Doter les arbitres des moyens de s'acquitter de leur mandat est un aspect fondamental du règlement des conflits en milieu de travail.

En outre, j'estime que le fait de qualifier la conduite de l'employé de blâmable ou non et d'exiger ensuite la présence d'un motif valable dans l'un ou l'autre cas embrouille jusqu'à un certain point la question que doit trancher l'arbitre. Il a été plaidé que, dans des affaires de conduite non blâmable telle

may only be found to exist where the employer has abided by the five criteria set out in *Re Edith Cavell, supra*. Absent a finding that these criteria have been met, the arbitrator is required to reinstate the employee on the basis that the employer has not established that there was cause for dismissal or discipline of the employee. Put differently, the argument posits that the arbitrator lacks the capacity to make any other remedial disposition, save reinstatement.

In my opinion, this narrow and mechanistic approach to employee conduct and arbitral authority does not take full account of the arbitrator's dispute resolution mandate, nor does it consider adequately the myriad of employment circumstances that employees and employers confront. As a result, I do not believe that the criteria set out in *Re Edith Cavell* by themselves determine the framework for analysis. More particularly, they should not be seen, in and of themselves, as dictating the terms of remedial authority exercised by the arbitrator.

Further, one must consider whether the distinction between culpable and non-culpable conduct is relevant in the particular context. The theory underlying culpable discharge, namely that the employer is engaged in a contractual relationship with the employee and is thus entitled to the "benefit of the bargain", does not in my opinion differ greatly from that underlying non-culpable discharge. A failure to meet the obligations and reasonable expectations of employment whether by virtue of culpable misconduct or deficient performance of a non-culpable character equally constitutes a disruption of the employment relationship. Arbitrator Hope's comments in *Re City of Vancouver and Vancouver Municipal and Regional Employees Union* (1983), 11 L.A.C. (3d) 121 (B.C.), at p. 140, on this point are apt:

It must be remembered that the question of whether conduct is culpable or non-culpable is an elusive question directed at drawing inferences as to an employee's state of mind on the basis of his conduct. In the final analysis it is the conduct and not the state of mind which determines

l'incompétence, on ne peut conclure à l'existence d'un motif valable que dans les cas où l'employeur a respecté les cinq critères énoncés dans l'affaire *Re Edith Cavell*, précitée. S'il ne l'a pas fait, l'arbitre est tenu de réintégrer l'employé, étant donné que l'employeur n'a pas prouvé qu'il avait un motif valable de congédier l'employé ou de lui imposer une mesure disciplinaire. En d'autres termes, suivant cet argument l'arbitre n'a pas le pouvoir d'accorder d'autre réparation que la réintégration.

À mon avis, cet examen étroit et mécanique de la conduite de l'employé et du pouvoir de l'arbitre ne tient pas pleinement compte du mandat de l'arbitre en matière de règlement des différends et il ne considère pas adéquatement la multitude de situations dans lesquelles évoluent employés et employeurs dans le monde du travail. En conséquence, je ne crois pas que les critères énoncés dans *Re Edith Cavell* déterminent à eux seuls le cadre d'analyse. En fait, il ne faut pas considérer que ces critères dictent à eux seuls les modalités d'exercice du pouvoir de réparation des arbitres.

De plus, il convient de se demander si la distinction entre conduite blâmable et conduite non blâmable est pertinente dans le contexte considéré. La théorie à la base du congédier pour conduite blâmable, à savoir que l'employeur est lié par contrat à l'employé et a donc droit aux « bénéfices du marché », ne diffère pas beaucoup, selon moi, de la théorie à la base du congédier pour conduite non blâmable. Le fait pour un employé de ne pas s'acquitter des obligations de son poste et de ne pas répondre aux attentes raisonnables de l'employeur à cet égard, que ce soit en raison d'une conduite blâmable ou d'un rendement insuffisant revêtant un caractère non blâmable, perturbe dans les deux cas la relation employeur-employé. Dans *Re City of Vancouver and Vancouver Municipal and Regional Employees Union* (1983), 11 L.A.C. (3d) 121 (C.-B.), p. 140, l'arbitre Hope a formulé des remarques judicieuses sur la question :

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que la question de savoir si la conduite est blâmable ou non est difficile à cerner et sert à tirer des inférences sur l'état d'esprit de l'employé. En dernière analyse, c'est la conduite, et non l'état d'esprit, qui est déterminante pour statuer sur le

43

44

the issue of continued employment. An employee who cannot perform is no better off than an employee who will not perform, if the rights of the employer are to be respected.

45 Moreover, many of the procedural requirements in cases of unsatisfactory, albeit non-culpable performance, as explained in *Re Edith Cavell, supra*, appear equally relevant to discharge or discipline for culpable conduct. The arbitration board in *Crane Canada Inc. and U.A., Loc. 170, Re* (1990), 14 L.A.C. (4th) 253 (B.C.), noted, at p. 281, that an employer's failure to define the requisite level of performance or to communicate that level adequately to the employee might well become relevant in ascertaining whether or not the employee's allegedly deficient performance should be characterized as blameworthy.

46 As affirmed by this Court in *Rizzo Shoes, supra*, at para. 27, “[i]t is a well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences.” Further, an interpretation may be viewed as absurd where it is incompatible with other provisions or with the object of the legislative enactment: see P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 456. Professor R. Sullivan similarly notes that “[a]n interpretation that would tend to frustrate the purpose of legislation or the realization of the legislative scheme is likely to be labelled absurd”: see *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 243-44.

47 In my opinion, the Court of Appeal’s interpretation of s. 142(2) is somewhat incompatible with the object of the legislation and the overall purpose of the provision. As discussed earlier in these reasons, the purpose of the legislation is to facilitate arbitral dispute resolution, and the content of the legislative scheme provides for arbitrators to do so. Given this context, there is no practical reason why arbitrators ought to be stripped of remedial jurisdiction when confronted by labour disputes that turn on a distinction between culpable and non-culpable conduct and a finding of cause thereafter. A restrictive inter-

maintien ou non du lien d’emploi. Si l’on veut respecter les droits de l’employeur, un employé qui ne peut pas s’acquitter de ses fonctions n’est pas plus utile à ce dernier qu’un employé qui ne veut pas s’en acquitter.

De plus, bon nombre des exigences procédurales applicables dans les cas de rendement insatisfaisant mais de conduite non blâmable — exigences procédurales expliquées dans *Re Edith Cavell*, précité — paraissent tout aussi pertinentes en cas de congédiement ou mesure disciplinaire pour cause de conduite blâmable. Dans *Crane Canada Inc. and U.A., Loc. 170, Re* (1990), 14 L.A.C. (4th) 253 (C.-B.), p. 281, le conseil d’arbitrage a fait remarquer que l’omission de l’employeur de définir le niveau de rendement exigé ou d’informer adéquatement l’employé de ce niveau de rendement pourrait bien devenir pertinente pour décider si le rendement prétendument insatisfaisant de l’employé doit être qualifié de blâmable.

Comme l’a affirmé notre Cour dans *Rizzo Shoes*, précité, par. 27, « [s]elon un principe bien établi en matière d’interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes. » Qui plus est, une interprétation peut être tenue pour absurde lorsqu’elle est incompatible avec d’autres dispositions du texte législatif ou avec l’objet de celui-ci : voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 573. Le professeur R. Sullivan signale, de façon similaire, que [TRADUCTION] « l’interprétation qui tend à contrecarrer l’objet de la loi ou l’application du cadre législatif sera qualifiée d’absurde » : *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 243-244.

À mon avis, l’interprétation du par. 142(2) retenue par la Cour d’appel est d’une certaine manière incompatible avec l’objet de la loi et la finalité générale de la disposition. Comme je l’ai expliqué plus tôt, la loi vise à faciliter le règlement des différends par voie d’arbitrage et le régime établi par celle-ci prévoit que cette tâche incombe aux arbitres. Dans ce contexte, aucune raison d’ordre pratique ne justifie de dépouiller ces derniers de leur pouvoir de réparation lorsque l’issue du différend repose sur une distinction entre conduite blâmable et conduite non blâmable, puis sur l’existence ou non d’un

pretation of arbitral jurisdiction in s. 142(2) results in legislative lacunae; a broad interpretation of the provision produces results more consonant with statutory objectives.

3. Conclusion

To recall, the appropriate standard upon which the arbitration board's decision must be measured is that of reasonableness. The reasonableness standard was first described by this Court in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 56:

An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. [Emphasis added.]

More recently, the contours of the standard were fleshed out in *Ryan, supra*, at para. 55, as affirmed in *Voice Construction, supra*, at para. 31. A decision will be unreasonable

only if there is no line of analysis within the given reasons that could reasonably lead the tribunal from the evidence before it to the conclusion at which it arrived. If any of the reasons that are sufficient to support the conclusion are tenable in the sense that they can stand up to a somewhat probing examination, then the decision will not be unreasonable and a reviewing court must not interfere. This means that a decision may satisfy the reasonableness standard if it is supported by a tenable explanation even if this explanation is not one that the reviewing court finds compelling. [Citations omitted.]

On the whole, having regard to the language of the provisions, their purpose and place within the Code, and to the object of the collective agreement, the arbitrator's interpretation was clearly reasonable.

C. The Exercise of the Board's Remedial Powers

Having found that the arbitration board's interpretation of s. 142(2) of the Code to confer remedial power was reasonable, I now address whether the exercise of that power was also

motif valable. Une interprétation restrictive du pouvoir conféré aux arbitres par le par. 142(2) débouche sur une loi lacunaire, alors qu'une interprétation libérale de cette disposition produit un résultat davantage conforme aux objectifs de la loi.

3. Conclusion

Rappelons que la norme applicable à la décision du conseil d'arbitrage est celle de la raisonnableté, que notre Cour a décrite pour la première fois dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56 :

Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. [Je souligne.]

Plus récemment, notre Cour a précisé les contours de la norme dans l'arrêt *Ryan*, précité, par. 55, confirmé dans *Voice Construction*, précité, par. 31. Une décision est déraisonnable

si aucun mode d'analyse, dans les motifs avancés, ne pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l'a fait. Si l'un quelconque des motifs pouvant étayer la décision est capable de résister à un examen assez poussé, alors la décision n'est pas déraisonnable et la cour de révision ne doit pas intervenir [...] Cela signifie qu'une décision peut satisfaire à la norme du raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux de la cour de révision. [Références omises.]

Dans l'ensemble, eu égard au libellé des dispositions, à leur objet et à leur emplacement dans le Code, ainsi qu'à l'objet de la convention collective, l'interprétation de l'arbitre était clairement raisonnable.

C. L'exercice du pouvoir de réparation du conseil d'arbitrage

Ayant jugé raisonnable l'interprétation du conseil d'arbitrage relativement au pouvoir de réparation que lui confère le par. 142(2) du Code, je vais maintenant me demander si l'exercice que le conseil

reasonable. For the reasons below, I conclude that it was.

1. Exceptional Circumstances and Remedial Jurisdiction

50 The parties and the Court of Appeal cite a number of decisions where jurisdiction to substitute an award of damages in lieu of reinstatement was exercised in what have been termed “exceptional” or “extraordinary circumstances”; see, as illustrations, *Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board* (1989), 98 A.R. 384 (Q.B.); *United Steelworkers of America, Local 12998 v. Liquid Carbonic Inc.* (1996), 29 O.R. (3d) 468 (Gen. Div.); *Alberta Teachers' Assn. and Communications, Energy and Paperworkers' Union, Local 777 (Oliverio Grievance)*, [1998] A.G.A.A. No. 77 (QL), aff'd [1999] A.J. No. 144 (QL) (Q.B.); *Calgary Board of Education v. Canadian Union of Public Employees, Local 40 (R.J. Grievance)*, [2001] A.G.A.A. No. 13 (QL); *Chaumiere Retirement Residence and Service Employees' Union, Local 210, Re* (1993), 37 L.A.C. (4th) 86 (Ont.).

51 In discussing the relevant case law, the Court of Appeal stated, at para. 52:

An examination of cases finding “extraordinary circumstances” shows that they usually involve an employee engaging in culpable behaviour, particularly theft or other deceit. There are very few cases of “extraordinary circumstances” where the conduct of the employee was non-culpable.

52 Prior to this statement, the court had found that such exceptional circumstances cannot be categorized or limited, but that they have been regarded as those wherein the employment relationship has been totally destroyed (para. 51). The parties do not question the development of arbitral consensus in requiring a finding of exceptional circumstances before substituting damages in lieu of reinstatement. Rather, their focus is on the nature and scope of such circumstances. The appellant, in particular, submits

a fait de ce pouvoir était lui aussi raisonnable. Pour les motifs qui suivent, j'estime que oui.

1. Circonstances exceptionnelles et pouvoir de réparation

Les parties et la Cour d'appel font état d'un certain nombre de décisions où le pouvoir de substituer des dommages-intérêts à une ordonnance de réintégration a été exercé dans des situations qu'on a qualifiées de [TRADUCTION] « circonstances extraordinaires » ou « exceptionnelles » : voir, par exemple, *Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board* (1989), 98 A.R. 384 (B.R.); *United Steelworkers of America, Local 12998 c. Liquid Carbonic Inc.* (1996), 29 O.R. (3d) 468 (Div. gén.); *Alberta Teachers' Assn. and Communications, Energy and Paperworkers' Union, Local 777 (Oliverio Grievance)*, [1998] A.G.A.A. No. 77 (QL), conf. par [1999] A.J. No. 144 (QL) (B.R.); *Calgary Board of Education c. Canadian Union of Public Employees, Local 40 (R.J. Grievance)*, [2001] A.G.A.A. No. 13 (QL); *Chaumiere Retirement Residence and Service Employees' Union, Local 210, Re* (1993), 37 L.A.C. (4th) 86 (Ont.).

Dans son analyse de la jurisprudence pertinente, la Cour d'appel a dit ceci, au par. 52 :

[TRADUCTION] L'examen des affaires dans lesquelles on a conclu à l'existence de « circonstances extraordinaires » révèle qu'il s'agit habituellement de cas où un employé a accompli un acte blâmable, particulièrement un vol ou une autre manœuvre dolosive. On relève très peu de cas de « circonstances extraordinaires » où la conduite de l'employé n'était pas blâmable.

Avant de faire ces remarques, la Cour d'appel avait conclu que de telles circonstances exceptionnelles ne sauraient être catégorisées ou limitées, mais qu'elles sont considérées comme des circonstances où la relation employeur-employé a été totalement détruite (par. 51). Les parties ne contestent pas l'existence, au sein des conseils d'arbitrage, d'un consensus sur la nécessité que l'arbitre conclue à la présence de circonstances exceptionnelles pour être admis à substituer des dommages-intérêts

that there is no particular focus on culpable conduct in the cases examined by the court.

Decisions in which exceptional circumstances have been found are widely disparate on the facts. A review of such decisions highlights the difficulty with which bright-line distinctions may be marked between culpable and non-culpable conduct in assessing whether circumstances sufficiently exceptional exist so as to justify the board's refusal to reinstate. While culpable conduct is far more likely to lead to a poisoned or inhospitable work environment than conduct characterized as non-culpable, the consequences of the conduct and not its characterization should be the primary focus of the remedial inquiry. It bears repeating that arbitrators are equipped with broad remedial jurisdiction to secure prompt, final and binding settlement of disputes arising out of the interpretation or application of the collective agreement and disciplinary action taken by employers.

For arbitration to be effective, efficient and binding it must provide lasting, practicable solutions to workplace problems. Commensurate with the notion of exceptional circumstances as developed in arbitral jurisprudence is the need for arbitrators to be liberally empowered to fashion appropriate remedies, taking into consideration the whole of the circumstances. To rob arbitrators of access to the full breadth of the employment context risks impairing their role as final arbiters of workplace disputes. Arbitrators are well positioned on the front lines of workplace disputes to weigh facts and assess credibility as the circumstances warrant.

2. Decision of the Arbitration Board

I am convinced that the arbitration board properly considered the whole of the circumstances in concluding that an award of damages was more

à la réintégration. Elles s'attachent plutôt à la nature et à l'importance de ces circonstances. L'appelant, notamment, fait valoir que les affaires examinées par la Cour d'appel n'insistent pas de façon particulière sur la conduite blâmable.

Les décisions dans lesquelles on a conclu à l'existence de circonstances exceptionnelles varient considérablement pour ce qui est des faits. L'examen de ces décisions fait ressortir combien il est difficile d'établir des distinctions nettes entre conduite blâmable et conduite non blâmable dans l'examen de la question de savoir s'il existe des circonstances suffisamment exceptionnelles justifiant le refus du conseil d'ordonner la réintégration. Bien qu'une conduite blâmable soit davantage susceptible d'empoisonner le climat de travail ou de le rendre mal-sain qu'une conduite qualifiée de non blâmable, ce sont aux conséquences de la conduite, et non à sa qualification, qu'il faut s'attacher pour fixer la réparation qui s'impose. Il convient de rappeler que les arbitres disposent de larges pouvoirs de réparation pour assurer le règlement rapide, définitif et contrignant des différends découlant de l'interprétation ou de l'application des conventions collectives ou des mesures disciplinaires prises par les employeurs.

Pour que l'arbitrage soit efficace, utile et contrignant, il doit apporter une solution durable et pratique aux problèmes qui existent dans le milieu de travail. À la notion de circonstances exceptionnelles élaborées dans la jurisprudence arbitrale correspond la nécessité de reconnaître aux arbitres un large pouvoir leur permettant de faire les réparations qui s'imposent eu égard à toutes les circonstances. Enlever aux arbitres la possibilité de prendre en compte l'ensemble du contexte du travail risque de compromettre leur rôle d'arbitres ultimes des différends en milieu de travail. Parce qu'ils interviennent en première ligne dans les conflits en milieu de travail, les arbitres sont bien placés pour soulever les faits et apprécier la crédibilité des témoins suivant les circonstances.

2. Décision du conseil d'arbitrage

Je suis convaincu que le conseil d'arbitrage a dûment tenu compte de toutes les circonstances pour conclure qu'il convenait davantage

53

54

55

appropriate than reinstatement of the grievor. The arbitrator considered, among other factors, the *bona fide* reorganization of the grievor's former position, the difficulty with which an alternative position may be found for her, and the likelihood that reinstatement would prolong the ultimate resolution of the issue and present further disputes in implementation. The arbitration board recognized that the grievor had been dismissed without cause, contrary to the terms of the collective agreement, and was thus owed compensation. On balance, the board's comments reflect concerns about the continued viability of the employment relationship, and fall squarely within the ambit of exceptional circumstances as reflected in the arbitral decisions noted above.

- 56 As a general rule, where a grievor's collective agreement rights have been violated, reinstatement of the grievor to her previous position will normally be ordered. Departure from this position should only occur where the arbitration board's findings reflect concerns that the employment relationship is no longer viable. In making this determination, the arbitrator is entitled to consider all of the circumstances relevant to fashioning a lasting and final solution to the parties' dispute.

- 57 In light of the above, I am not persuaded that the arbitration board acted in an unreasonable manner by substituting an award of four months' notice for reinstatement. The arbitration board took due account of all the circumstances before it, and reached a reasonable conclusion as to the continued viability of the employment relationship. This decision fell well within the bounds of arbitral jurisprudence requiring a finding of exceptional circumstances prior to substitution of remedy. It is worth noting that a similar decision was taken by the arbitration board in the *Van Steenoven Grievance, supra*, at para. 32, where the arbitrator denied reinstatement on the basis that the grievor was unable to perform the work required of her position, and despite the employer's failure to properly terminate her employment. The board in that case viewed itself in possession of "sufficient

d'accorder à la plaignante des dommages-intérêts que d'ordonner sa réintégration. Il a notamment pris en compte la disparition du poste de la plaignante à l'issue d'une réorganisation effectuée de bonne foi, la difficulté de réaffecter la plaignante ainsi que la probabilité que la réintégration ne fasse que reporter le règlement définitif de la question et que la mise en œuvre de cette mesure occasionne d'autres différends. Le conseil d'arbitrage a reconnu que la plaignante avait été congédiée sans motif valable, en contravention avec la convention collective, et que, de ce fait, elle avait droit à une indemnité. En somme, les observations du conseil reflètent ses inquiétudes quant à la viabilité de la relation employeur-employé et témoignent clairement de l'existence de circonstances exceptionnelles au sens des décisions arbitrales susmentionnées.

En règle générale, lorsqu'il y a eu violation des droits reconnus par la convention collective à l'auteur du grief, la réintégration de celui-ci dans son poste antérieur est normalement ordonnée. Il ne devrait être dérogé à cette règle que dans les cas où les conclusions du conseil d'arbitrage permettent de douter de la viabilité de la relation employeur-employé. L'arbitre peut, à cet égard, tenir compte de toutes les circonstances pertinentes pour apporter une solution durable et définitive au différend qui oppose les parties.

À la lumière de ce qui précède, je ne suis pas persuadé que le conseil d'arbitrage a agi de manière déraisonnable en substituant à la réintégration une indemnité de quatre mois de salaire. Le conseil d'arbitrage a dûment tenu compte de toutes les circonstances portées à sa connaissance et il a tiré une conclusion raisonnable quant à la viabilité continue de la relation employeur-employé. Cette décision est tout à fait en accord avec la jurisprudence arbitrale exigeant la preuve de circonstances exceptionnelles pour qu'une réparation substitutive puisse être accordée. Il convient de signaler qu'une décision semblable a été rendue par le conseil d'arbitrage qui a entendu l'affaire *Van Steenoven Grievance*, précitée, par. 32, où, bien que l'employeur n'ait pas licencié la plaignante de façon régulière, il a néanmoins refusé d'ordonner sa réintégration au motif qu'elle

evidence" indicating that reinstatement would not provide a lasting solution.

était incapable d'accomplir les fonctions afférentes à son poste. Dans cette affaire, le conseil a estimé disposer d'une « preuve suffisante » indiquant que la réintégration n'apporterait pas une solution durable.

VI. Disposition

I would allow the appeal with costs throughout, set aside the decision of the Court of Appeal, and restore the award of the majority of the arbitration board.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Laird Armstrong, Calgary.

Solicitor for the respondents: G. Brent Gawne, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Canadian Labour Congress and the National Union of Public and General Employees: Baigent & Jackson, Enderby, British Columbia.

Solicitors for the intervenor the Provincial Health Authorities of Alberta: Lang Michener, Ottawa; Provincial Health Authorities of Alberta, Edmonton.

VI. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir la décision majoritaire du conseil d'arbitrage.
58

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Laird Armstrong, Calgary.

Procureur des intimés : G. Brent Gawne, Edmonton.

Procureurs des intervenants le Congrès du travail du Canada et le Syndicat national des employées et employés généraux et du secteur public : Baigent & Jackson, Enderby, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante Provincial Health Authorities of Alberta : Lang Michener, Ottawa; Provincial Health Authorities of Alberta, Edmonton.

ScotiaMcLeod Inc., now Scotia Capital Inc. Appellant

v.

Bank of Nova Scotia and Guy Thibault Respondents

and

Deputy Minister of Revenue of Quebec Intervener

INDEXED AS: BANK OF NOVA SCOTIA v. THIBAULT

Neutral citation: 2004 SCC 29.

File No.: 28871.

2003: November 4; 2004: May 14.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Property law — Annuity — Trust — Registered retirement savings plan — Exemption from seizure — Right to withdraw funds — Alienation of capital — Whether self-directed registered retirement savings plan could be characterized as annuity or trust — Whether funds in self-directed registered retirement savings plan exempt from seizure — Civil Code requirements for registered retirement savings plan to qualify as annuity or trust and be exempt from seizure.

Civil procedure — Seizure — Self-directed registered retirement savings plan — Whether funds in self-directed registered retirement savings plan exempt from seizure.

Statutes — Interpretation — Declaratory law — Contract for constitution of annuity — Effect of statutory provision declaring that stipulation allowing total or partial withdrawal does not prevent annuity contract from being considered annuity — Act to amend the Act respecting insurance and other legislative provisions, S.Q. 2002, c. 70, s. 187.

ScotiaMcLeod Inc., maintenant Scotia Capitaux inc. Appelante

c.

Banque de Nouvelle-Écosse et Guy Thibault Intimés

et

Sous-ministre du Revenu du Québec Intervenant

RÉPERTORIÉ : BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE c. THIBAULT

Référence neutre : 2004 CSC 29.

Nº du greffe : 28871.

2003 : 4 novembre; 2004 : 14 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit des biens — Rente — Fiducie — Régimes enregistrés d'épargne-retraite — Insaisissabilité — Droit de retrait — Aliénation de capital — Le régime enregistré d'épargne-retraite autogéré se qualifie-t-il comme une rente ou une fiducie? — Les fonds qui y sont versés sont-ils insaisissables? — Quelles sont les règles imposées par le Code civil pour qu'un régime enregistré d'épargne-retraite puisse se qualifier comme rente ou comme fiducie et ainsi être susceptible d'insaisissabilité?

Procédure civile — Saisie — Régime enregistré d'épargne-retraite autogéré — Les fonds versés dans un régime d'épargne-retraite autogéré sont-ils insaisissables?

Législation — Interprétation — Loi déclaratoire — Contrat constitutif de rente — Quel est l'effet de la disposition déclarant qu'une faculté de retrait partiel ou total n'empêche pas un contrat constitutif de rente d'être considéré comme tel? — Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002, ch. 70, art. 187.

The owner-annuitant set up a self-directed registered retirement savings plan, the terms of which are set out in a document described as a declaration of trust and include a stipulation that the funds are exempt from seizure. At maturity, the proceeds of the liquidation of the assets are applied to an annuity. Before maturity, the trustee's sole obligation is confined to executing the directives of the owner-annuitant and maintaining the investments. Before the plan matured, the bank that was the owner-annuitant's creditors had a writ of seizure issued against the funds held by the appellant on behalf of the owner-annuitant, who then applied to have the seizure annulled. The Superior Court dismissed the application on the ground that the conditions for an exemption from seizure applicable to an annuity contract had not been met. The Court of Appeal upheld this decision.

Held: The appeal should be dismissed.

As a general rule, all the property in a person's patrimony constitutes the common pledge of that person's creditors. Exemption from seizure is an exception created by law and does not result from the mere intent of the parties. The exemption from seizure stipulated in the declaration of trust as such can thus be effective only with respect to the trustee.

Registered retirement savings plans, by their nature, cannot be assigned a one-size-fits-all label. They may establish rules that allow for the purchase of life insurance policies or annuities exempt from seizure, and even for the constitution of a trust. To accomplish that, however, they must comply with the rules that apply to those contracts. In this case, the plan cannot be characterized before maturity as an annuity contract within the meaning of the *Civil Code of Québec*, since there is no alienation of the funds, one of the central elements of an annuity contract. Before maturity, the rights of the owner-annuitant are almost absolute. Not only is ownership of the funds not transferred before that date, but the owner-annuitant does retain complete control over them. Furthermore, a contract that reserves the investor's ownership and control of his or her capital does not reflect the philosophy of protecting families, which, historically, underlies the fact that insurance policies and annuities are exempt from seizure. Finally, the provision in the *Civil Code of Lower Canada* addressing the procedure for constituting an annuity required the alienation of the capital. The wording of the provisions respecting annuities has been revised in the *Civil Code of Québec*, but the mechanism for the constitution of annuities did remain unchanged. Even if there had been an alienation of capital, the other requirements for the formation of an annuity contract should have been met before making a declaration of exemption from seizure.

Le propriétaire-rentier souscrit à un régime d'épargne-retraite autogéré dont les conditions sont inscrites dans un document désigné comme une déclaration de fiducie comportant une stipulation d'insaisissabilité. À l'échéance du régime, le produit de liquidation de l'actif sera affecté à une rente. Entre-temps, la seule obligation du fiduciaire consiste à exécuter les directives du propriétaire-rentier et à conserver les placements. Avant la date d'échéance du régime, la banque créancière du propriétaire-rentier obtient un bref de saisie des fonds détenus par l'appelante pour le compte du propriétaire-rentier. Le propriétaire-rentier présente une demande d'annulation de la saisie, que la Cour supérieure rejette, statuant qu'il ne bénéficie pas de l'exception d'insaisissabilité applicable aux contrats de rente. La Cour d'appel confirme ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

En règle générale, tous les biens du patrimoine d'une personne sont le gage commun de ses créanciers. L'insaisissabilité est une exception qui découle de la loi et ne résulte pas de l'unique volonté des parties. La stipulation d'insaisissabilité figurant dans la déclaration de fiducie ne peut donc avoir d'effet, en soi, qu'à l'égard du fiduciaire.

La nature des régimes d'épargne-retraite fait qu'il n'est pas possible de leur apposer une étiquette unique. Ils peuvent établir des règles qui permettent d'acheter une police d'assurance-vie ou une rente insaisissable ou même de constituer une fiducie. Pour ce faire, ils doivent cependant respecter les règles applicables à ces contrats. En l'espèce, avant sa date d'échéance, le régime ne peut être qualifié de contrat de rente au sens du *Code civil du Québec*, vu l'absence d'aliénation de fonds, un élément central du contrat de rente. Les droits du propriétaire-rentier étant quasi absous avant l'échéance du régime, non seulement la propriété des fonds n'a pas été transférée, mais le propriétaire-rentier en conserve l'entière maîtrise. Un contrat qui réserve à l'épargnant la propriété et le contrôle de son capital ne correspond pas non plus à la philosophie de protection de la famille qui est historiquement à la base de l'insaisissabilité des polices d'assurance et des rentes. Enfin, la disposition du *Code civil du Bas Canada* traitant du mode de constitution d'une rente imposait la règle de l'aliénation du capital. Bien que reformulées, les dispositions du *Code civil du Québec* concernant les rentes n'ont pas modifié le mécanisme de constitution d'une rente. Même s'il y avait aliénation de capital, les autres conditions de formation d'un contrat de rente devraient être remplies préalablement à une déclaration d'insaisissabilité.

Neither does this plan have the characteristics of a trust. Because the assets may be withdrawn in whole or in part before the maturity date of this plan and still be freely disposed of by the owner-annuitant, the owner-annuitant has not divested himself of his assets in favour of his patrimony by appropriation and the assets have not been appropriated, before maturity, to a specific purpose, that is, to the annuity. Furthermore, decisions respecting investments are the exclusive prerogative of the owner-annuitant, while, in the case of a trust, the trustee has the control and exclusive administration of the trust patrimony. The rights and responsibilities of the trustee and the owner-annuitant are the reverse of those set out in the *Civil Code of Québec* for trustees and settlors.

In the *Act to amend the Act respecting insurance and other legislative provisions*, the Québec legislature has declared that the ability to make a partial or total withdrawal of capital does not prevent an annuity contract from being considered as such. Even if this Act does not affect the rights of the parties in this case, because it does not apply to cases pending before the courts on December 16, 2002, it should be pointed out that it did not change the rule requiring that capital be alienated. This legislation does not show that the legislature wanted to protect new financial vehicles created by insurers and trust companies. While registered retirement savings plans are subject to both federal and provincial tax legislation, they are still governed by the rules of contract law that apply to the vehicle used. To determine whether assets were seizable, reference has to be made to the legal nature of the vehicle in which the assets are invested.

Cases Cited

Distinguished: *In re: Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. v. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*, [1994] R.L. 268; **referred to:** *Poulin v. Serge Morency et Associés Inc.*, [1999] 3 S.C.R. 351; *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375; *Jobin, Blais, Fortier, Touché, Ross Ltée v. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755; *Cie Trust Royal v. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting insurance, S.Q. 1974, c. 70, s. 2.
Act respecting the civil service superannuation plan, R.S.Q., c. R-12, s. 113.
Act respecting the teachers pension plan, R.S.Q., c. R-11, s. 77.
Act respecting trust companies and savings companies, R.S.Q., c. S-29.01, s. 178 [formerly S.Q. 1987, c. 95, s. 178].

Le régime en cause n'a pas non plus les caractéristiques d'une fiducie. Comme l'actif peut être retiré en tout ou en partie avant l'échéance et demeure à l'entière disposition du propriétaire-rentier, celui-ci ne s'est pas dessaisi de son actif en faveur d'un patrimoine d'affection et l'actif n'est pas, avant l'échéance du régime, affecté à une fin particulière, c'est-à-dire à la rente. De plus, les décisions quant aux investissements sont l'apanage du propriétaire-rentier, alors que, dans une fiducie, le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire. Les droits et responsabilités du fiduciaire et du propriétaire-rentier sont inversés par rapport à ceux prévus au *Code civil du Québec* pour le fiduciaire et le constituant.

Dans la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives*, le législateur québécois a déclaré qu'une faculté de retrait total ou partiel n'empêche pas un contrat constitutif de rente d'être considéré comme tel. Bien que cette modification ne porte pas atteinte aux droits des parties en l'espèce, puisque cet article ne s'applique pas aux causes pendantes devant les tribunaux le 16 décembre 2002, il y a lieu de préciser qu'elle ne change pas la règle imposant l'aliénation du capital. Elle n'indique pas non plus une volonté du législateur de protéger les nouveaux véhicules financiers mis en place par les assureurs et les sociétés de fiducie. Les régimes d'épargne-retraite sont assujettis aux lois sur les impôts fédérale et provinciales, mais ils sont toujours régis par les règles du droit des contrats applicables au véhicule utilisé. Pour déterminer la saisissabilité de l'actif, il faut se reporter à la nature juridique du véhicule dans lequel il est investi.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *In re : Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*, [1994] R.L. 268; **arrêts mentionnés :** *Poulin c. Serge Morency et Associés inc.*, [1999] 3 R.C.S. 351; *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375; *Jobin, Blais, Fortier, Touché, Ross Ltée c. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755; *Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550.

Lois et règlements cités

Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., ch. 17.
Code civil du Bas Canada, art. 1787.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1256, 1260, 1265, 1275, 1278, 1281, 1287, 1297, 1819, 2367, 2379, 2393, 2457, 2458, 2644, 2645.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 553.

Act to amend the Act respecting insurance and other legislative provisions, S.Q. 2002, c. 70, s. 187.
Act to amend the Income Tax Act, S.C. 1957, c. 29, s. 17(1).
Act to secure to Wives and Children the benefit of Assurances on the lives of their Husbands and Parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17.
Civil Code of Lower Canada, art. 1787.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1256, 1260, 1265, 1275, 1278, 1281, 1287, 1297, 1819, 2367, 2379, 2393, 2457, 2458, 2644, 2645.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 553.
Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1 [formerly S.Q. 1965, 13-14 Eliz. II, vol. I, c. 25].
Taxation Act, S.Q. 1972, c. 23, s. 684.

Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1957, ch. 29, art. 17(1).
Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002, ch. 70, art. 187.
Loi sur le régime de retraite des enseignants, L.R.Q., ch. R-11, art. 77.
Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.Q., ch. R-12, art. 113.
Loi sur les assurances, L.Q. 1974, ch. 70, art. 2.
Loi sur les impôts, L.Q. 1972, ch. 23, art. 684.
Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1 [auparavant *Loi des régimes supplémentaires de rentes*, S.Q. 1965, 13-14 Eliz. II, vol. I, ch. 25].
Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne, L.R.Q., ch. S-29.01, art. 178 [auparavant L.Q. 1987, ch. 95, art. 178].

Authors Cited

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
Cantin Cumyn, Madeleine. *Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui*, sous la direction de Paul-A. Crépeau. Cowansville, Qué.: 2000.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Craies, William Feilden. *Craies on Statute Law*, 7th ed. by S. G. G. Edgar. London: Sweet and Maxwell, 1971.
Crawford, William E. "Taxation and Retirement Planning" (1995), 43 *Can. Tax J.* 1343.
Digesta. *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, livre L, titre XVI. Metz: Behmer et Lamort, 1805.
Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 2099, 27 C.C.P.B. 169, [2001] Q.J. No. 3815 (QL), affirming a decision of the Superior Court. Appeal dismissed.

Marzia Frascadore and Julie-Martine Loranger, for the appellant.

Written submissions only by *Henry S. Brown*, Q.C., for the respondent the Bank of Nova Scotia.

Written submissions only by the respondent Guy Thibault.

Doctrine citée

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto : Emond Montgomery, 1993.
Cantin Cumyn, Madeleine. *Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui*, sous la direction de Paul-A. Crépeau. Cowansville, Qué. : 2000.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Craies, William Feilden. *Craies on Statute Law*, 7th ed. by S. G. G. Edgar. London : Sweet and Maxwell, 1971.
Crawford, William E. « Taxation and Retirement Planning » (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1343.
Digesta. *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, livre L, titre XVI. Metz : Behmer et Lamort, 1805.
Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 2099, 27 C.C.P.B. 169, [2001] J.Q. n° 3815 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Marzia Frascadore et Julie-Martine Loranger, pour l'appelante.

Argumentation écrite seulement par *Henry S. Brown*, c.r., pour l'intimée la Banque de Nouvelle-Écosse.

Argumentation écrite seulement de l'intimé Guy Thibault.

Danny Galarneau and Ginette Breton, for the intervener.

James A. Woods and Annie Galarneau, for the *amicus curiae*.

English version of the judgment of the Court delivered by

¹ DESCHAMPS J. — Are funds invested in a self-directed retirement savings plans exempt from seizure in Quebec?

² For the second time, the Court is faced with the delicate issue of whether a self-directed registered retirement savings plan (“RRSP”) under the laws of Quebec is seizable (see *Poulin v. Serge Morency et Associés Inc.*, [1999] 3 S.C.R. 351). Exemption from seizure does not result from the mere intent of the parties. The law alone can grant that protection (art. 2645 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, and art. 553 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25). Because not all RRSPs are alike, the answer to the question posed above must necessarily be qualified. Financial institutions in fact go to great lengths to market innovative financial products to attract investors. Because exemption from seizure is an attractive feature, many financial institutions attempt to characterize their plans as being unseizable, while offering their clients a great deal of flexibility. This case sheds light on several of the rules that the *Civil Code of Québec* requires to be met in order for an RRSP to qualify as an annuity or a trust and thus be subject to a declaration of exemption from seizure.

³ In 1963, Guy Thibault began saving for his retirement. Between then and 1998, he made investments through a number of financial institutions using a variety of financial vehicles. In 1998, he set up a self-directed registered retirement savings plan. The terms of the contract between the Bank of Nova Scotia Trust Company (the “Trust Company”) and Thibault are set out in a document entitled “Declaration of Trust — Scotia Protected Self-Directed Registered Retirement Savings Plan” (the “Plan”). Under the Plan, ScotiaMcLeod Inc. (“Scotia”), the appellant, held the assets as the Trust

Danny Galarneau et Ginette Breton, pour l’intervenant.

James A. Woods et Annie Galarneau, pour l’*amicus curiae*.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Les fonds versés dans un régime d’épargne-retraite autogéré sont-ils insaisissables au Québec?

Pour la deuxième fois, la Cour est saisie de la délicate question de la saisisabilité d’un régime enregistré d’épargne-retraite (« REER ») autogéré assujetti aux lois québécoises (voir *Poulin c. Serge Morency et Associés inc.*, [1999] 3 R.C.S. 351). L’insaisissabilité ne résulte pas de l’unique volonté des parties. La loi seule peut apporter une telle protection (art. 2645 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, et art. 553 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25). Comme tous les REER ne sont pas semblables, la réponse à la question posée ci-dessus ne peut être que nuancée. En fait, les institutions financières s’efforcent de mettre sur le marché des outils originaux susceptibles d’attirer les épargnants. Comme l’insaisissabilité est un atout, plusieurs institutions financières tentent de qualifier ainsi les régimes qu’elles offrent, tout en permettant à leurs clients de conserver une grande marge de manœuvre. La présente affaire permet de mettre en lumière quelques-unes des règles imposées par le *Code civil du Québec* pour qu’un REER puisse se qualifier comme rente ou comme fiducie et ainsi être susceptible d’une déclaration d’insaisissabilité.

À compter de 1963, monsieur Guy Thibault économise en vue de sa retraite. Entre 1963 et 1998, il investit auprès de nombreuses institutions qui utilisent des véhicules financiers variés. En 1998, il souscrit à un régime d’épargne-retraite autogéré. Les conditions du contrat liant la Société de fiducie de la Banque de Nouvelle-Écosse (« Fiducie ») à M. Thibault sont inscrites dans un document intitulé « Déclaration de fiducie — régime d’épargne-retraite autogéré protégé Scotia » (« Régime »). Le Régime prévoit que ScotiaMcLeod Inc. (« Scotia »), l’appelante, détient les fonds à titre de mandataire

Company's agent. The Trust Company was described as the trustee. The application form showed Thibault as the "Registered Owner (Annuitant)". His wife was designated as the revocable beneficiary. The sections of the Plan concerning contributions and investments, withdrawals, retirement income and exemption from seizure are relevant in delineating the rights in issue and are reproduced in full in the appendix, as are the statutory provisions referred to in these reasons.

On August 5, 1999, before the Plan matured, the Bank of Nova Scotia (the "Bank"), one of Thibault's creditors, had a writ of seizure issued against Scotia. The Bank claimed that the assets held on Thibault's behalf were seizable. Thibault applied to the Superior Court to have the seizure quashed.

The Superior Court dismissed his application. In the Court's opinion, because the Plan authorized Thibault to make withdrawals, he had not alienated his capital and thus one of the prerequisites for exemption from seizure that applied to annuity contracts had not been met.

Scotia appealed the decision. Before the hearing, the Bank withdrew its opposition and consented to the appeal. Scotia was supported in its position by an intervenor, the Regroupement des assureurs de personnes à charte du Québec. In a divided decision, the Court of Appeal upheld the trial judgment: [2001] R.J.Q. 2099. Chamberland and Fish J.J.A. concluded that the prerequisites for the constitution of an annuity had not been met. Chamberland J.A. also discussed, and rejected, an additional argument that the Superior Court had not addressed: that the Plan was not a trust. In dissenting reasons, Rothman J.A. stated the opinion that Thibault had alienated his capital and that the Plan therefore met this requirement for the constitution of an annuity. He also concluded that the Plan provided for the creation of a trust. In his opinion, Thibault's creditors could therefore not seize the funds held by Scotia.

In this Court, Scotia again argued that the Plan could be characterized as an annuity or a trust — in

de la Fiducie. Cette dernière est décrite comme fiduciaire. Le formulaire d'adhésion indique que M. Thibault est « propriétaire inscrit (rentier) ». Sa conjointe est nommée bénéficiaire révocable. Les clauses du Régime ayant trait aux cotisations et placements, aux retraits, au revenu de retraite et à l'insaisissabilité sont pertinentes à la délimitation des droits en litige et elles sont reproduites au long en annexe. Sont aussi reproduites en annexe les dispositions législatives auxquelles la présente opinion se reporte.

Le 5 août 1999, avant la date d'échéance du Régime, la Banque de Nouvelle-Écosse (« Banque »), créancière de M. Thibault, obtient un bref de saisie contre Scotia. La Banque soutient que les fonds détenus pour le compte de M. Thibault sont saisissables. M. Thibault demande à la Cour supérieure d'annuler la saisie.

La Cour supérieure rejette la demande. Selon elle, puisque le Régime autorise M. Thibault à faire des retraits, ce dernier n'a pas aliéné son capital, condition essentielle pour bénéficier de l'exception d'insaisissabilité applicable aux contrats de rente.

Scotia porte le jugement en appel. Avant l'audition, la Banque retire sa contestation et consent à l'appel. Scotia est aussi soutenue dans sa position par un intervenant, le Regroupement des assureurs de personnes à charte du Québec. Dans un arrêt partagé, la Cour d'appel confirme le jugement de première instance : [2001] R.J.Q. 2099. Les juges Chamberland et Fish concluent que les conditions nécessaires à la constitution d'une rente ne sont pas remplies. Le juge Chamberland discute aussi, pour l'écartier, d'un argument additionnel dont la Cour supérieure ne traite pas, soit que le Régime ne constitue pas une fiducie. En dissidence, le juge Rothman est d'avis que M. Thibault s'est départi de son capital et donc que le Régime satisfait à cette condition de constitution d'une rente. Il conclut aussi que le Régime prévoit la formation d'une fiducie. Selon lui, les créanciers de M. Thibault ne peuvent donc saisir les fonds détenus par Scotia.

Devant la Cour, Scotia plaide à nouveau que le Régime peut être qualifié de rente ou de fiducie,

4

5

6

7

other words, it was unseizable. Scotia also drew the Court's attention to a statutory provision that had been enacted shortly after the Court of Appeal's decision. According to that provision, the fact that an annuity contract allows the total or partial withdrawal of the capital does not prevent it from being considered to be an annuity contract provided that the annuity is purchased from a trust company or from an insurer.

- 8 Because the Bank was no longer contesting the appeal, the Court appointed an *amicus curiae* to argue in support of the conclusions in the decision of the Court of Appeal.

I. Analysis

9 As a general rule, all the property in a person's patrimony constitutes the common pledge of that person's creditors (art. 2644 C.C.Q.). Exemption from seizure is an exception created by law (art. 2645, para. 1 C.C.Q.). Article 553(12) C.C.P. states that anything declared unseizable by law is exempt from seizure. Consequently, the exemption from seizure in section 21 of the Plan is only effective against the Trust Company (art. 2645, para. 2 C.C.Q.). That section also expressly states that the Plan is subject to the *Civil Code of Québec*, and the two arguments made, annuity and trust, are governed by the Code. I will address them in turn, and then briefly analyze a recent statutory amendment and determine how it relates to pension plans and RRSPs.

A. *Does the Plan Qualify as an Annuity?*

10 In Quebec, investing in a life insurance policy has long been favoured by individuals as a way of sheltering assets from creditors for the benefit of their family. In *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375, at paras. 46-47, Gonthier J. outlined the history of rights under life insurance policies and demonstrated how they are connected with the social policy objectives of the legislature. He noted that exemption from seizure did not apply to any policy whose benefit reverted to and was held by the insured (para. 47). Between 1865, when the *Act to secure to Wives and Children the*

en somme, qu'il est insaisissable. Elle porte aussi à l'attention de la Cour une disposition législative adoptée peu de temps après le jugement de la Cour d'appel. Selon cette disposition, la possibilité de retirer tout ou partie du capital n'est pas un empêchement à la qualification de rente, à la condition que la rente soit constituée auprès d'une société de fiducie ou d'un assureur.

Comme la Banque ne conteste pas l'appel, la Cour a désigné un *amicus curiae* pour soutenir les conclusions du jugement de la Cour d'appel.

I. Analyse

En règle générale, tous les biens du patrimoine d'une personne sont le gage commun de ses créanciers (art. 2644 C.c.Q.). L'insaisissabilité est une exception qui découle de la loi (art. 2645, al. 1 C.c.Q.). Le paragraphe 12 de l'art. 553 C.p.c. énonce que les choses déclarées comme telles par quelque disposition de la loi sont insaisissables. En conséquence, la stipulation d'insaisissabilité paraissant à la clause 21 du Régime ne peut avoir d'effet qu'à l'égard de la Fiducie (art. 2645, al. 2 C.c.Q.). Cette clause énonce d'ailleurs expressément que le Régime est assujetti au *Code civil du Québec* et les deux arguments soulevés, la rente et la fiducie, sont régis par ce code. Ils seront tour à tour traités. J'analyserai ensuite brièvement la modification législative récente pour la situer dans le contexte des régimes de pension et des REER.

A. *Le Régime se qualifie-t-il comme rente?*

Pendant longtemps, au Québec, investir dans une police d'assurance-vie a constitué un moyen privilégié permettant à un particulier de mettre des biens à l'abri de ses créanciers au profit de sa famille. Dans *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375, par. 46-47, le juge Gonthier fait l'historique des droits attachés aux polices d'assurance-vie et fait le lien avec les objectifs de politique sociale poursuivis par le législateur. Il note que l'insaisissabilité ne s'appliquait à aucune police dont le bénéfice était retourné ou appartenait à l'assuré (par. 47). Entre 1865, date d'adoption de

benefit of Assurances on the lives of their Husbands and Parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17, was enacted and the major reform of insurance law in 1974 (*Act respecting insurance*, S.Q. 1974, c. 70, proclaimed in 1976), the philosophy underlying the provisions respecting exemption from seizure remained practically unchanged. The policy is to protect family members. This protection is preserved in art. 2457 C.C.Q.:

2457. Where the designated beneficiary of the insurance is the married or civil union spouse, descendant or ascendant of the policyholder or of the participant, the rights under the contract are exempt from seizure until the beneficiary receives the sum insured.

The only case in which that protection can be secured by designating a third party is where a contract contains an irrevocable designation (art. 2458 C.C.Q.).

In 1974, protection against seizure was extended to life and fixed-term annuities transacted by insurers, where the requirements that apply to insurance are met (*Act respecting insurance*, s. 2; art. 2393, para. 2 C.C.Q.):

2393. . . .

Life or fixed-term annuities transacted by insurers are assimilated to life insurance but remain also governed by the chapter on Annuities. However, the rules in this chapter relating to unseizability apply to such annuities with priority.

Insurers are not limited to insuring against a particular risk by promising to pay a lump sum. They may also offer life or fixed-term annuity contracts, and the rights conferred under such contracts are exempt from seizure if the annuitant is designated in accordance with the provisions governing the designation of life insurance beneficiaries (arts. 2379 and 2457 C.C.Q.). The philosophy of protecting families remains apparent, despite the flexibility introduced into the rules governing protected contracts.

In 1987, the Quebec legislature significantly expanded the law in respect not of the persons it protected, but rather of the kinds of corporations authorized to offer potentially unseizable fixed-term annuities. In the *Act respecting trust companies and*

l'Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., ch. 17, et l'importante réforme du droit des assurances survenue en 1974 (*Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70, promulguée en 1976), la philosophie à la base des dispositions concernant l'insaisissabilité demeure pratiquement inchangée. Il s'agit d'une politique de protection des membres de la famille. Cette protection subsiste à l'art. 2457 C.c.Q. :

2457. Lorsque le bénéficiaire désigné de l'assurance est l'époux ou le conjoint uni civilement, le descendant ou l'ascendant du titulaire ou de l'adhérent, les droits conférés par le contrat sont insaisissables, tant que le bénéficiaire n'a pas touché la somme assurée.

Le seul cas où la désignation d'un tiers peut être à la source de la protection est un contrat comportant une désignation à titre irrévocable (art. 2458 C.c.Q.).

En 1974, la protection contre la saisie est étendue aux rentes viagères ou à terme pratiquées par les assureurs dans la mesure où les conditions applicables à l'assurance sont respectées (*Loi sur les assurances*, art. 2; art. 2393, al. 2 C.c.Q.) :

2393. . . .

Les rentes viagères ou à terme, pratiquées par les assureurs, sont assimilées à l'assurance sur la vie, mais elles demeurent aussi régies par les dispositions du chapitre De la rente. Cependant, les règles du présent chapitre sur l'insaisissabilité s'appliquent en priorité.

Les assureurs ne sont pas limités à assurer un risque donné en s'engageant à payer un montant forfaitaire. Ils peuvent établir des contrats de rente viagère ou à terme, et les droits conférés par ces contrats sont insaisissables si les créditeurs sont désignés conformément aux dispositions régissant la désignation des bénéficiaires d'assurance-vie (art. 2379 et 2457 C.c.Q.). La philosophie de protection de la famille transparaît donc malgré l'assouplissement des normes régissant les contrats protégés.

En 1987, le législateur québécois procède à un élargissement important touchant non les personnes protégées, mais l'identité des sociétés habilitées à établir des rentes à terme susceptibles d'être insaisissables. Par la *Loi sur les sociétés de fiducie et les*

11

12

13

14

savings companies, R.S.Q., c. S-29.01, s. 178 (formerly S.Q. 1987, c. 95, s. 178), the legislature provided that fixed-term annuities purchased from trust companies are exempt from seizure on the same terms and conditions as annuities obtained from insurers:

178. Moneys constituting fixed-term annuities are unseizable in the hands of the trust company as fixed-term annuities transacted by insurers.

15 It is clear that the Trust Company is a trust company for the purposes of s. 178 of the *Act respecting trust companies and savings companies*. The central issue is therefore the characterization of the annuity contract, within the meaning of the *Civil Code of Québec*. The requirements for the formation of such a contract are set out in art. 2367 C.C.Q.:

2367. A contract for the constitution of an annuity is a contract by which a person, the debtor, undertakes, gratuitously or in exchange for the alienation of capital for his benefit, to make periodical payments to another person, the annuitant, for a certain time.

The capital may consist of immovable or movable property; if it is a sum of money, it may be paid in cash or by instalments.

16 To form an onerous annuity contract, there must then be a debtor, an annuitant, an alienation of capital, an obligation to pay and a specification of a periodic amount for a fixed time. In the Court of Appeal and in this Court, the parties directed their argument mainly to the requirement concerning the alienation of the capital, and I will focus on that argument. However, I will also later comment briefly on the other requirements.

(1) Alienation of Capital

17 The question is whether it can be concluded, from the requirements of the Plan, that Thibault alienated his capital to the Trust Company when he signed the contract. The Superior Court and Chamberland and Fish JJ.A. concluded that it could not. I believe that they were correct.

18 The contractual relationship between the Trust Company and Thibault is governed by the Plan. The application form signed by Thibault before entering

sociétés d'épargne, L.R.Q., ch. S-29.01, art. 178 (auparavant L.Q. 1987, ch. 95, art. 178), le législateur déclare que les rentes à terme obtenues de sociétés de fiducie peuvent être insaisissables, aux mêmes titre et conditions que celles obtenues d'assureurs :

178. Les fonds constituant les rentes à terme fixe sont insaisissables entre les mains de la société de fiducie comme s'il s'agissait de rentes à terme fixe pratiquées par les assureurs.

Il est acquis au débat que la Fiducie est une société de fiducie pour l'application de l'art. 178 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*. Le litige est donc centré sur la qualification de contrat de rente au sens du *Code civil du Québec*. Les conditions de formation de ce contrat sont énoncées à l'art. 2367 C.c.Q. :

2367. Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédirentier.

Le capital peut être constitué d'un bien immeuble ou meuble; s'il s'agit d'une somme d'argent, il peut être payé au comptant ou par versements.

Pour former un contrat de rente à titre onéreux, il faut donc un débirentier, un crédirentier, une aliénation de capital, une obligation de payer et l'établissement d'un montant périodique déterminé dans le temps. Devant la Cour d'appel et devant la Cour, les parties ont principalement traité de la condition liée à l'aliénation du capital et j'insisterai sur cet argument. Je ferai cependant plus tard un commentaire sommaire concernant les autres conditions.

(1) Aliénation de capital

Les conditions du Régime permettent-elles de conclure que, dès son adhésion au contrat, M. Thibault a aliéné son capital au bénéfice de la Fiducie? La Cour supérieure et les juges Chamberland et Fish de la Cour d'appel ont conclu par la négative. J'estime qu'ils ont eu raison.

Le Régime régit les relations contractuelles de la Fiducie et de M. Thibault. Ce contrat est cependant précédé d'une demande d'adhésion qui en

into the agreement informs its interpretation. The application form for the Plan describes Thibault as the “Registered Owner (‘Annuitant’)”. That description may seem unimportant, but when we read the Plan it is apparent that it sets out the actual stages that are an inherent part of the structure of the contract. I will use the expression “owner-annuitant” to refer to the participant in the Plan.

The second paragraph of section 6 of the Plan demonstrates the mechanism established by the contract:

On the maturity date, the Trustee shall liquidate the assets of the Plan and apply the proceeds therefrom, after deducting applicable costs, fees, expenses and disbursements, so as to ensure that the Annuitant receives retirement income in the form of a fixed-term annuity and subject to the expiry date determined by the Annuitant as provided herein. Such fixed-term annuity shall be provided by the Trustee at its rates for such annuities then in effect or, at the Annuitant’s request, by any insurer authorized to provide fixed-term annuities in Canada. [Emphasis added.]

Under that paragraph, the proceeds of the liquidation of the assets in the Plan are not applied to an annuity until the maturity date. Before maturity, under section 3, “the Trustee’s sole obligation . . . will be confined to executing the directions of the [owner-annuitant]” and “maintaining . . . the investments”. During that first stage, which is the one that concerns us here, the rights of the owner-annuitant are almost absolute. Under section 4, owner-annuitants may ask the trustee to distribute to them all or part of the assets, without the withdrawals affecting the survival of the contract, in whole or in part, or the benefits associated with the annuity. The trustee’s sole right is to decline to make an investment, *inter alia* if the investment does not comply with the trustee’s administrative requirements (section 3). Nowhere in the Plan does it provide that the owner-annuitant alienates the property or the value of the funds to the Trust Company before the maturity date. Not only is ownership of the funds not transferred, but the owner-annuitant does retain complete control over them.

In other words, until the assets are liquidated by the Trust Company, they are treated as property of

guide l’interprétation. La demande d’adhésion au Régime décrit M. Thibault comme le « propriétaire inscrit (rentier) ». Ce titre paraît anodin, mais à la lecture du Régime, il s’avère qu’il annonce les véritables étapes inhérentes à la structure du contrat. J’utiliserai d’ailleurs l’expression « propriétaire-rentier » pour désigner l’adhérent au Régime.

Le deuxième paragraphe de la clause 6 du Régime révèle la dynamique du contrat :

À la date d’échéance, le fiduciaire liquide l’actif du régime et affecte le produit, déduction faite des coûts, frais, dépenses et débours applicables, de manière que le rentier reçoive un revenu de retraite sous forme de rente à terme fixe et selon la date d’échéance établie par le rentier de la façon prévue aux présentes. Cette rente à terme fixe est versée par le fiduciaire aux taux qu’il pratique alors pour ces rentes ou, à la demande du rentier, par un assureur autorisé à verser des rentes à terme fixe au Canada. [Je souligne.]

Selon ce paragraphe, ce n’est qu’à la date d’échéance du Régime que le produit de liquidation de l’actif est affecté à une rente. Avant l’échéance, selon la clause 3, « la seule obligation du fiduciaire [...] consiste à exécuter les directives du [propriétaire-rentier] » et « conserver [...] les placements ». Pendant cette première étape qui nous occupe ici, les droits du propriétaire-rentier sont quasi absolus. Selon la clause 4, il peut « demander au fiduciaire de lui verser la totalité ou toute partie de l’actif » sans que ces retraits n’emportent de conséquence sur la survie partielle ou totale du contrat ou sur les bénéfices rattachés à la rente. Le seul droit du fiduciaire est de refuser un placement, notamment s’il ne respecte pas ses exigences administratives (clause 3). À aucun endroit le Régime ne prévoit qu’avant la date d’échéance, le propriétaire-rentier se départit de la propriété ou de la valeur des fonds en faveur de la Fiducie. Non seulement la propriété des fonds n’est pas transférée, mais le propriétaire-rentier en conserve l’entièvre maîtrise.

En somme, tant que l’actif n’est pas liquidé par la Fiducie, il est traité comme un bien dont

19

20

21

which Thibault is the owner, and in fact this is how he is described in the application form. If an annuity is constituted, this juridical act can be carried out only in the second stage of the contract, that is, after the maturity date of the Plan. It is not until that point that the assets come under the Trust Company's control and are applied to a retirement income.

²² The respondent argued that in *In re: Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. v. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*, [1994] R.L. 268 ("Coopérants"), the Court of Appeal agreed that a contract does not cease to be an annuity contract notwithstanding any authorization to make withdrawals. That argument must be qualified. The case in question concerned a refund of the surrender value of the annuity that terminated the contract. The right to terminate a contract was in effect a resolutory clause. No such right is provided for in the Plan. Under section 4, the section respecting withdrawals, the Plan can continue to exist even if all the assets are withdrawn. The ability to withdraw the assets cannot be equated in this case with the consensual resolution of a contract, as was the case for the policies issued in *Coopérants*.

²³ Scotia also submitted that it can be concluded from the change in the wording of art. 2367 C.C.Q. that withdrawals are permitted. Article 1787 of the *Civil Code of Lower Canada* addressed the procedure for constituting an annuity and made an express reference to the permanent manner in which the debtor held the annuity:

1787. Constitution of rent is a contract by which parties agree that yearly interest shall be paid by one of them upon a sum of money due to the other or furnished by him, to remain permanently in the hands of the former as a capital of which payment shall not be demanded by the party furnishing it, except as hereinafter provided.

It is subject with respect to the rate of interest to the same rules as loans upon interest. [Emphasis added.]

Scotia pointed out that art. 2367 C.C.Q. (cited *supra* at para. 15) does not include this requirement, and deduced that the omission of the word "permanently" indicates the legislature's intent to allow the assets to be taken back.

M. Thibault est propriétaire, et c'est d'ailleurs ainsi qu'il est décrit au formulaire d'adhésion. Si une rente est constituée, cette opération juridique ne peut être complétée qu'à la deuxième étape du contrat, soit après l'échéance du Régime. Ce n'est qu'à ce moment que l'actif passe sous le contrôle de la Fiducie et qu'il est affecté à un revenu de retraite.

L'intimé plaide que dans l'affaire *In re : Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*, [1994] R.L. 268 (« Coopérants »), la Cour d'appel a accepté que le contrat ne perde pas son caractère de rente malgré le fait que des retraits étaient autorisés. Cet argument doit être nuancé. Dans cette affaire, il s'agissait d'une remise de la valeur de rachat de la rente mettant fin au contrat. Le droit de mettre fin au contrat équivalait à une clause résolutoire. Tel n'est pas le droit prévu par le Régime. Selon la clause 4 qui concerne les retraits, le Régime peut subsister, quoique vidé de son actif. La possibilité de retirer l'actif ne peut être ici assimilée à une résolution consensuelle de contrat comme c'était le cas pour les polices émises dans l'affaire *Coopérants*.

Scotia soutient aussi que l'évolution de la formulation de l'art. 2367 C.c.Q. permet de conclure que les retraits sont autorisés. L'article 1787 du *Code civil du Bas Canada*, traitant du mode de constitution de la rente, faisait expressément mention du caractère permanent de la détention par le débiteur de la rente :

1787. La constitution de rente est un contrat par lequel les parties conviennent du paiement par l'une d'elles de l'intérêt annuel sur une somme d'argent due à l'autre ou par elle comptée, pour demeurer permanemment entre les mains de la première comme un capital qui ne doit pas être demandé par la partie qui l'a fourni, excepté dans les cas ci-après mentionnés.

Elle est assujettie quant au taux de la rente aux mêmes règles que les prêts à intérêt. [Je souligne.]

Scotia signale que l'art. 2367 C.c.Q. (cité ci-dessus au par. 15) ne comporte pas cette exigence. Elle déduit que l'omission du mot « permanemment » indique la volonté du législateur de faire place à une reprise de l'actif.

24

This argument cannot be accepted. Although the mechanism for constituting an annuity has not been changed, the wording of the article in question has been completely revised. Article 1787 C.C.L.C. did not use the word “alienation” as art. 2367 C.C.Q. does. In civil law, the act of alienation has a precise meaning. That act involves the idea of permanence. When property is alienated, the transfer from patrimony to another is final; it is permanent. That meaning is also consistent with the concept that applied in Roman law (*Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, Book L, 1805, Title XVI, p. 608, para. 67), which had a strong influence on French civil law and was part of the legal tradition of Lower Canada at the time the *Civil Code of Lower Canada* was enacted (J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), Nos. 9 and 130). There is no need to add an adverb to the word “alienation”, particularly using a word which is questionably correct in French.

With life insurance, payments made by the policy holder become the property of the insurer, who must make the agreed payment to the policy holder upon the occurrence of the event contemplated in the contract, as was the case in *Jobin, Blais, Fortier, Touché, Ross Ltée v. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 (C.A.), and *Coopérants*, *supra*. The policy holder may have all or part of the surrender value refunded only by terminating the contract or in return for a reduction of the benefits under the contract, and only where there is a provision in the contract that allows this: D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (3rd ed. 1999), at pp. 407 and 413. This is not the mechanism provided in the Plan, and the analogy with *Coopérants* cannot assist Scotia.

I conclude from this that before the maturity date of the Plan, during the period we are concerned with here, the Plan does not provide for the constitution of an annuity. This conclusion is based on three factors. First, a contract that reserves the investor's ownership and control of his or her capital does not reflect the historical objectives of the exemption of insurance policies and annuities from seizure. The family receives no benefit from the assets, which

Cet argument ne peut être retenu. Bien que le mécanisme de constitution d'une rente n'ait pas été modifié, la formulation de l'article a été complètement revue. L'article 1787 C.c.B.C. n'utilisait pas le mot «aliénation» comme le fait l'art. 2367 C.c.Q. L'acte d'aliénation a, en droit civil, une portée précise. Cet acte incorpore la notion de permanence. Lorsque qu'un bien est aliéné, le transfert de patrimoine est définitif, permanent. Cette portée est d'ailleurs conforme au concept de droit romain (*Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, livre L, 1805, titre XVI, p. 608, par. 67) qui a fortement imprégné le droit civil français et faisait partie de la tradition juridique du Bas Canada au moment de l'adoption du *Code civil du Bas Canada* (J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law* (1993), nos 9 et 130). Dans ce contexte, nul besoin d'ajouter au mot «aliénation» un adverbe qui, par surcroît, en français, est d'un usage douteux.

25

En assurance-vie, les paiements faits par le preneur sont acquis à l'assureur, à charge par ce dernier de s'acquitter du paiement convenu lors de la survenance de l'événement prévu au contrat, comme c'était le cas dans les affaires *Jobin, Blais, Fortier, Touché, Ross Ltée c. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 (C.A.), et *Coopérants*, précitée. Ce n'est qu'en mettant un terme au contrat ou en contrepartie d'une réduction des avantages qui en découlent que le preneur peut, lorsqu'une stipulation le prévoit, se voir remettre une partie ou la totalité de la valeur de rachat : D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (3^e éd. 1999), p. 407 et 413. Tel n'est pas le mécanisme envisagé par le Régime et l'analogie avec l'affaire *Coopérants* ne peut être d'aucune utilité pour Scotia.

26

J'en conclus qu'avant la date d'échéance du Régime, période qui nous intéresse ici, le Régime ne prévoit pas la constitution d'une rente. Cette conclusion est fondée sur trois composantes. D'abord, un contrat qui réserve à l'épargnant la propriété et le contrôle de son capital ne correspond pas aux objectifs historiques de l'insaisissabilité des polices d'assurance et des rentes. La famille ne bénéficie en rien de l'actif qui est laissé à l'entièvre disposition

can be freely disposed of by Thibault. Second, it cannot be concluded from the wording of the provisions respecting annuities that the law that applied under the *Civil Code of Lower Canada* has been changed. And third, an analysis of the parties' rights under the Plan, from the point when the funds are given to Scotia until they are liquidated, shows that there was no alienation of the funds. The fact that there was no alienation, combined with the fact that control remained with the owner, demonstrates that the relationship established is not the same as the relationship protected by the legislature.

(2) Other Prerequisites for a Declaration of Exemption From Seizure

27 I mentioned at the beginning of my analysis that five requirements must be met in order for an annuity contract to be formed. Because I have found that there was no alienation of the capital, there is no need to analyse the other requirements. However, it would be incorrect to conclude, as the dissenting judge of the Court of Appeal did, that the contract could be characterized as an annuity without even scrutinizing the Plan having regard to those other factors.

28 It is not clear that under the terms of the Plan, the Trust Company can be characterized as a debtor or is obliged to make periodic payments. Even if this is so, it does not necessarily follow that the amount that the Trust Company promised to pay is determinable. Furthermore, in order to be protected and thus to be possible for him to get the seizure quashed, the annuitant would still have to have been designated in accordance with the rules respecting contracts of insurance which relate to beneficiaries and subrogated holders (art. 2379, para. 2 C.C.Q.). In this case, Thibault is designated as the annuitant. He is not one of the persons referred to in art. 2457 C.C.Q. Can the designation of a "beneficiary" who is not a party to the annuity contract operate to designate a subrogated holder and trigger the protection mechanism? Is this an exception to the rules governing gifts *mortis causa* (art. 1819 C.C.Q.)? These arguments were not addressed, but should be discussed before concluding that a seizure should be quashed.

de M. Thibault. Ensuite la formulation des dispositions concernant les rentes ne permet pas de conclure à une modification du droit prévalant en vertu du *Code civil du Bas Canada*. Enfin, l'analyse de l'ensemble des droits des parties au Régime, depuis la remise des fonds à Scotia jusqu'à leur liquidation, révèle une absence d'aliénation des fonds. Cette absence d'aliénation, jointe à la maîtrise réservée au propriétaire, fait voir que la relation ainsi établie est étrangère à celle protégée par le législateur.

(2) Autres conditions préalables à une déclaration d'insaisissabilité

J'ai mentionné au début de l'analyse que cinq conditions doivent être remplies pour la formation d'un contrat de rente. En raison de ma conclusion concernant l'absence d'aliénation du capital, je n'ai pas à analyser les autres conditions. Il serait cependant incorrect de conclure, comme le juge dissident à la Cour d'appel, que le contrat pourrait être qualifié de rente sans même que le Régime soit scruté à la lumière de ces autres éléments.

Ainsi, il n'est pas clair qu'aux termes du Régime, la Fiducie puisse être qualifiée de débirentier ou qu'elle se soit obligée à payer des redevances. Même si la réponse est affirmative, il n'est pas acquis que le montant auquel se serait engagée la Fiducie soit déterminable. De plus, pour bénéficier de la protection, et ainsi pouvoir faire annuler la saisie, encore faudrait-il que le crédirentier ait été désigné conformément aux règles du contrat d'assurance relatives aux bénéficiaires et aux titulaires subrogés (art. 2379, al. 2 C.c.Q.). Ici, M. Thibault est désigné comme crédirentier. Il n'est pas l'une des personnes visées à l'art. 2457 C.c.Q. La désignation d'un « bénéficiaire », partie étrangère au contrat de rente, peut-elle valoir comme désignation d'un titulaire subrogé et déclencher le mécanisme de protection? S'agit-il d'une exception aux règles régissant les donations à cause de mort (art. 1819 C.c.Q.)? Ces arguments n'ont pas été abordés, mais il faudrait en discuter avant de conclure à l'annulation de la saisie.

As the foregoing analysis shows, even if there was an alienation of capital, a number of other issues would have to be decided in the appellant's favour in order for the argument based on the exemption of the Plan from seizure to succeed.

B. Does the Plan Qualify as a Trust?

Under the *Civil Code of Lower Canada* it was clear, despite the use of terms such as "trust" or "trustee", that RRSPs of the type contemplated by the Plan could not constitute a genuine trust (*Cie Trust Royal v. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550 (C.A.)). The trust found in the *Civil Code of Lower Canada* could be constituted only by gift or will (art. 981a C.C.L.C.). When the legislature enacted the *Civil Code of Québec*, it expanded the methods of constituting a trust. The question therefore arises again: is a trust constituted by establishing an RRSP?

Article 1260 C.C.Q. governs the requirements for constituting a trust:

1260. A trust results from an act whereby a person, the settlor, transfers property from his patrimony to another patrimony constituted by him which he appropriates to a particular purpose and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer.

Three requirements must therefore be met in order for a trust to be constituted: property must be transferred from an individual's patrimony to another patrimony by appropriation; the property must be appropriated to a particular purpose; and the trustee must accept the property. Although some of those requirements are the same as the requirements for the constitution of an annuity, we will examine them in the context of a trust.

(1) Transfer of Property to a Patrimony by Appropriation

Section 3 of the Plan states that the trustee holds the contributions. The manner in which the contributions are held is not qualified in any way, but, as noted above, it can be concluded from the fact that there is no clause providing for a transfer, combined with the wording of section 4, the clause dealing with withdrawals, that the property was

29

Tel qu'il ressort de l'analyse qui précède, même s'il y avait aliénation de capital, plusieurs autres questions devraient être décidées en faveur de l'appelante avant que l'argument fondé sur l'insaisissabilité du Régime puisse prévaloir.

B. *Le Régime se qualifie-t-il comme fiducie?*

En vertu du *Code civil du Bas Canada*, il était clair que, malgré l'utilisation de termes comme « fiducie » ou « fiduciaire », les REER du type de celui envisagé par le Régime ne pouvaient constituer une véritable fiducie (*Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier*, [1989] R.J.Q. 550 (C.A.)). La fiducie du *Code civil du Bas Canada* ne pouvait être constituée que par donation ou par testament (art. 981a C.c.B.C.). Par le *Code civil du Québec*, le législateur a élargi les cas d'application. La question est donc de nouveau posée : une fiducie est-elle constituée par l'établissement d'un REER?

30

L'article 1260 C.c.Q. régit les conditions de constitution d'une fiducie :

1260. La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

Trois conditions sont donc nécessaires pour la constitution d'une fiducie : le transfert de biens du patrimoine d'une personne à un patrimoine d'affectation, l'affectation des biens à une fin particulière et l'acceptation par un fiduciaire. Même si certaines des conditions rejoignent celles requises pour la constitution d'une rente, il convient de les étudier dans le contexte d'une fiducie.

(1) Transfert de biens à un patrimoine d'affectation

31

La clause 3 du Régime énonce que le fiduciaire détient les cotisations. La détention n'est pas qualifiée, mais, comme noté ci-dessus, l'absence de toute clause prévoyant le transfert, combinée avec la formulation de la clause 4 traitant des retraits, permet de conclure que les biens ne sont pas transférés à un patrimoine d'affectation et ce, à tout le

not transferred to a patrimony by appropriation, at the very least, before the maturity date of the Plan. Since the assets may be withdrawn in whole or in part before the maturity date of the Plan, we must conclude that during this initial stage of the Plan, the owner-annuitant has not divested himself of his assets in favour of a patrimony by appropriation.

33 Scotia argued, based on a comparison of arts. 1256 and 1260 C.C.Q., that the transfer does not have to be irrevocable. It pointed out that with respect to foundations, the legislature has required, in art. 1256 C.C.Q., that there be an irrevocable appropriation of property, while in Scotia's submission, art. 1260 C.C.Q. does not require that the transfer of property to a trust be irrevocable. That argument cannot be accepted. First, in the French text of art. 1256 C.C.Q., the use of the verb "*affecte*", in the case of a foundation, makes a qualification necessary, because in itself, it does not involve divestiture as is the case for the verb "*transfère*" used in art. 1260 C.C.Q. Second, in the case of a foundation, the assets can never be reclaimed by the settlor, and so it is relevant to use the word "irrevocably". In the case of a trust, not only may a settlor stipulate that the capital be returned to him or her at the termination of the trust (art. 1281 C.C.Q.), but the settlor is also entitled to it where he or she has not named a beneficiary (art. 1297 C.C.Q.). Consequently, the word "irrevocably", which is neither necessary nor appropriate in the context of a trust, takes on its full significance in the case of a foundation.

34 The transfer must have complete legal effect. As is the case for an annuity contract, there must be alienation of property, which occurs only when the assets are liquidated on the maturity date of the Plan.

(2) Appropriation to a Particular Purpose

35 Section 6 of the Plan states that when the assets are liquidated, the trustee is to apply the proceeds so that the owner-annuitant receives a retirement income. This does not occur until the maturity date:

moins, avant la date d'échéance du Régime. En effet, comme l'actif peut être retiré en tout ou en partie jusqu'à l'échéance du Régime, il faut conclure que le propriétaire-rentier, pendant cette première étape du Régime, ne s'est pas dessaisi de son actif en faveur d'un patrimoine d'affectation.

Se fondant sur une comparaison des art. 1256 et 1260 C.c.Q., Scotia plaide que le transfert n'a pas à être irrévocable. Elle souligne que, pour les fondations, le législateur, à l'art. 1256 C.c.Q., a exigé l'affectation irrévocable des biens alors que, selon elle, l'art. 1260 C.c.Q. ne pose pas comme exigence que le transfert des biens à la fiducie soit irrévocable. Cet argument ne peut être retenu. D'abord, dans le cas d'une fondation, l'utilisation du verbe « *affecte* » à l'art. 1256 C.c.Q. nécessite une qualification puisqu'en lui-même, il n'emporte pas un dessaisissement comme c'est le cas pour le verbe « *transfère* » utilisé à l'art. 1260 C.c.Q. De plus, dans le cas d'une fondation, l'actif ne peut jamais être récupéré par le constituant, ce qui rend pertinente l'utilisation du mot « *irrévocable* ». Pour une fiducie, non seulement le constituant peut-il stipuler qu'à la fin de la fiducie, le capital lui soit retourné (art. 1281 C.c.Q.), mais il y a droit lorsqu'il n'a pas nommé de bénéficiaire (art. 1297 C.c.Q.). En conséquence, le mot « *irrévocable* » n'est ni nécessaire ni approprié dans le contexte d'une fiducie alors qu'il prend tout son sens dans le cas d'une fondation.

L'effet juridique du transfert doit être complet. Il s'agit, comme pour un contrat de rente, d'une aliénation de biens, opération juridique qui ne survient que lors de la liquidation de l'actif à la date d'échéance du Régime.

(2) Affectation à une fin particulière

La clause 6 du Régime mentionne bien que le fiduciaire affecte le produit de liquidation de l'actif de manière que le propriétaire-rentier reçoive un revenu de retraite. Cette affectation ne survient cependant qu'à la date d'échéance :

On the maturity date, the Trustee shall liquidate the assets of the Plan and apply the proceeds therefrom, after deducting applicable costs, fees, expenses and disbursements, so as to ensure that the Annuitant receives retirement income in the form of a fixed-term annuity

Thus for the period we are concerned with, the period before the maturity date, the assets are not appropriated to the annuity, and can still be freely disposed of by the owner-annuitant.

(3) Acceptance by a Trustee

Under section 3 of the Plan, decisions respecting investments are the exclusive prerogative of the owner-annuitant. The only constraints on the owner-annuitant relate to administrative formalities. That section also states that Scotia's only obligations are to carry out the owner-annuitant's instructions regarding investments and to maintain the assets. This limited role is different from the role of a trustee under the *Civil Code of Québec*. In the case of a trust, the trustee has the control and exclusive administration of the trust patrimony (art. 1278 C.C.Q.). While the trust deed can circumscribe what the trustee may do, once the trustee accepts the assets the settlor loses the ability to control and administer those assets. The scope of the powers granted to a trustee cannot be limited to the point that they become something else entirely (M. Cantin Cumyn, *Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui* (2000), at p. 241). Acceptance by the trustee thus divests the settlor and charges the trustee with the administration of the property (art. 1265 C.C.Q.). The only restriction imposed on the trustee is the supervision of the trustee's administration by the settlor and the beneficiary (art. 1287 C.C.Q.). The settlor or the beneficiary may act as trustee, but only jointly with a third party (art. 1275 C.C.Q.), and the Plan does not meet this requirement.

In other words, under the terms of the Plan, the rights and responsibilities of the trustee and the owner-annuitant are the reverse of those set out in the *Civil Code of Québec* for trustees and settlors. The holder of the assets of the Plan is a trustee in name only.

À la date d'échéance, le fiduciaire liquide l'actif du régime et affecte le produit, déduction faite des coûts, frais, dépenses et débours applicables, de manière que le rentier reçoive un revenu de retraite sous forme de rente à terme fixe

Ainsi, pour la période qui nous occupe, soit avant la date d'échéance, l'actif n'est pas affecté à la rente. Il demeure à l'entière disposition du propriétaire-rentier.

(3) Acceptation par un fiduciaire

Selon la clause 3 du Régime, les décisions quant aux investissements sont l'apanage exclusif du propriétaire-rentier. Les seules contraintes du propriétaire-rentier sont liées à des formalités administratives. Cette même clause précise que la seule obligation de Scotia est d'exécuter les directives de placement et de conserver l'actif. Ce rôle limité diffère de celui incomtant au fiduciaire en vertu du *Code civil du Québec*. En effet, dans une fiducie, le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire (art. 1278 C.c.Q.). Si l'acte de constitution peut délimiter le cadre d'action du fiduciaire, dès le moment de l'acceptation de la fiducie par le fiduciaire, le constituant perd la maîtrise et l'administration de l'actif. L'étendue des pouvoirs accordés à un fiduciaire ne peut être limitée au point d'en dénaturer la charge (M. Cantin Cumyn, *Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui* (2000), p. 241). L'acceptation de la fiducie dessaisit donc le constituant et charge le fiduciaire de l'administration des biens (art. 1265 C.c.Q.). La seule restriction imposée au fiduciaire est une surveillance de son administration par le constituant et le bénéficiaire (art. 1287 C.c.Q.). Le constituant ou le bénéficiaire peuvent agir comme fiduciaire, mais dans ce cas, ils doivent agir conjointement avec un tiers (art. 1275 C.c.Q.), condition qui n'est pas respectée par le Régime.

En somme, aux termes du Régime, les droits et responsabilités du fiduciaire et du propriétaire-rentier sont inversés par rapport à ceux prévus au *Code civil du Québec* pour le fiduciaire et le constituant. Le détenteur de l'actif du Régime n'a de fiduciaire que le nom.

36

37

38

39 The argument that the Plan constitutes a trust appears to be dictated more by expediency than derived from the structure of the Plan or justified by a quest for legal coherency. In fact, the trust argument is difficult to reconcile with the annuity argument that was made in the Superior Court. The two legal characterizations are incompatible because in an annuity contract, the debtor is personally obligated to pay, whereas in a trust, the trustee has no personal obligation to the beneficiary as the periodic payments must be made out of the trust assets. Consequently, although the requirement that the capital be alienated is common to both contracts, the obligations created by each are dissimilar.

40 The trust argument is, to a certain extent, a mirage. The trust patrimony may not be seized to pay the debts of the settlor or of the beneficiary because the property does not belong to them. However, the patrimonial rights of the beneficiary or of the settlor under the trust contract, like any personal patrimonial right, are seizable.

41 Moreover, it would be a mistake, in my view, to give a sympathetic hearing to the idea of extending trusts to include a contract in which a party reserves the right to deal with the assets. In 1991, the legislature sought to establish a more flexible mechanism than the one provided for under the *Civil Code of Lower Canada*, but it certainly did not intend to create a vehicle by which a settlor could use the assets in the patrimony by appropriation as he or she saw fit and even go so far as to appropriate them for himself or herself. The very concept of patrimony by appropriation would have been eroded and it would cease to have any purpose. The reform of the civil law trust met a real need. The *Civil Code of Québec* now allows trusts to be used outside the context of liberalities, which were a straightjacket imposed by the *Civil Code of Lower Canada*. The trust model cannot, however, be dressed up to encompass contracts under which the settlor retains all rights in the patrimony. I must therefore conclude that the Plan does not have the characteristics of a trust.

L'argument voulant que le Régime constitue une fiducie semble plus dicté par des considérations d'opportunité que par un lien avec la structure du Régime ou par une recherche de cohérence juridique. En fait, l'argument fondé sur la fiducie s'intègre mal à celui de la rente plaidé à la Cour supérieure. Les deux qualifications juridiques sont incompatibles puisque, dans un contrat de rente, le débirentier est obligé personnellement au paiement alors que, dans une fiducie, le fiduciaire n'a aucune obligation personnelle envers le bénéficiaire, les redevances devant être prélevées à même l'actif de la fiducie. En conséquence, même si les deux contrats ont en commun l'exigence d'une aliénation de capital, les obligations qui en découlent sont loin d'être similaires.

L'argument de la fiducie constitue d'ailleurs, jusqu'à un certain point, un mirage. Le patrimoine de la fiducie ne peut être saisi pour les dettes du constituant ou du bénéficiaire parce que les biens ne leur appartiennent pas. Par contre, les droits patrimoniaux que le bénéficiaire ou le constituant détiendraient en vertu du contrat de fiducie sont saisissables comme tout droit patrimonial personnel.

Au surplus, prêter une oreille favorable à un élargissement de la fiducie pour inclure un contrat par lequel une partie se réserve le droit de conclure des opérations touchant l'actif constituerait, à mon avis, une erreur. En 1991, le législateur a voulu intégrer un mécanisme plus flexible que celui prévu au *Code civil du Bas Canada*, mais il n'a sûrement pas voulu créer un véhicule où le constituant peut à son gré utiliser l'actif du patrimoine d'affectation, allant même jusqu'à se l'approprier. La notion même de patrimoine d'affectation serait minée et n'aurait plus de raison d'être. La réforme de la fiducie de droit civil répondait à un besoin réel. Le *Code civil du Québec* permet maintenant d'utiliser ce mécanisme en dehors du contexte des libéralités, carcan imposé par le *Code civil du Bas Canada*. Le modèle de la fiducie ne peut cependant être travesti pour incorporer des contrats où le constituant conserve tous les droits sur le patrimoine. Je conclus donc que le Régime n'a pas les caractéristiques d'une fiducie.

C. Change Made by the Act to amend the Act respecting insurance and other legislative provisions

On December 19, 2002, after the Court of Appeal had rendered its decision, the Quebec legislature enacted s. 187 of the *Act to amend the Act respecting insurance and other legislative provisions*, S.Q. 2002, c. 70, in which it declared that the ability to make a partial or total withdrawal of capital does not prevent a contract constituting an annuity from being considered an annuity. In the submission of the parties, that section was inserted without much consultation, at a parliamentary committee meeting held just two days before the law was enacted. The section reads as follows:

187. Any stipulation in a contract for the constitution of an annuity which allows the total or partial withdrawal of the capital does not prevent the contract from being considered an annuity contract within the meaning of article 2367 of the Civil Code provided that the annuity is purchased from a trust company pursuant to section 178 of the Act respecting trust companies and savings companies (R.S.Q., chapter S-29.01) or from an insurer.

This section is declaratory but does not infringe upon the rights of the parties in cases pending before the courts on 16 December 2002. However, insurers and trust companies having entered into annuity contracts containing a stipulation allowing the total or partial withdrawal of the capital must compensate the contracting party or, as the case may be, the annuitant, the holder of the contract or the beneficiary under the contract, on request, for any seizure, within the scope of a proceeding commenced or ended before the above-mentioned date, of the annuity capital, up to the amounts seized.

Under the second paragraph, this section is not meant to affect the rights of the parties in this case. It is therefore not appropriate for the Court to rely on this paragraph to determine the rights of the parties. However, because the provision is declaratory, it must be considered in the context of all the rules governing insurance and annuities. Scotia also argued that this Act eliminated the discrimination between an employee pension plan and a RRSP, which are the only vehicles to which self-employed workers have access. Thibault filed a factum in which he stated that, as the manager of a small business, he had specifically sought to invest in a

C. La modification apportée par la Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives

Le 19 décembre 2002, après l'arrêt de la Cour d'appel, le législateur québécois a déclaré, à l'art. 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, ch. 70, qu'une faculté de retrait partiel ou total n'empêche pas un contrat constitutif de rente d'être considéré comme tel. Cet article fut introduit sans grande consultation, selon ce que plaident les parties, lors d'une séance d'une commission parlementaire tenue deux jours avant l'adoption de la loi. L'article se lit :

187. Une faculté de retrait total ou partiel du capital stipulée dans un contrat constitutif de rente n'empêche pas celui-ci d'être considéré comme un contrat de rente au sens de l'article 2367 du Code civil dans la mesure où la rente est constituée auprès d'une société de fiducie conformément à l'article 178 de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne (L.R.Q., chapitre S-29.01) ou auprès d'un assureur.

Cet article est déclaratoire, mais il ne porte pas atteinte aux droits des parties dans les causes pendantes devant les tribunaux le 16 décembre 2002. Cependant, les assureurs et les sociétés de fiducie qui ont conclu un contrat de rente comportant une faculté de retrait total ou partiel du capital doivent indemniser le contractant, ou selon le cas, le crédirentier, le titulaire ou le bénéficiaire de ce contrat, sur demande, pour toute saisie dans une instance commencée ou terminée avant la date ci-dessus mentionnée et effectuée sur le capital constitutif de la rente, jusqu'à concurrence des sommes saisies.

Conformément au deuxième alinéa, cet article n'est pas censé porter atteinte aux droits des parties à l'instance. Il ne revient donc pas à la Cour de se fonder sur cet alinéa pour déterminer les droits des parties. Cependant, comme la disposition est déclaratoire, il y a lieu de la situer dans l'ensemble des règles régissant les assurances et les rentes. Scotia a, de plus, plaidé que cette loi permet d'éliminer la discrimination entre les régimes de pension dont les employés peuvent bénéficier et les REER, seuls véhicules auxquels les travailleurs autonomes ont accès. M. Thibault a produit un mémoire dans lequel il souligne que, comme dirigeant d'une petite

protected vehicle. It is therefore worth considering the legislature's actions in the more general context of the law governing the exemption of pension plans from seizure.

(1) The Declaratory Nature of the Act

44

The legislature may act to state the law, but in so doing it does not change the law. Pierre-André Côté explains the rule clearly in *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 516-17:

No formal constitutional provisions prevent the legislature from at times interpreting its own legislation, although this is in principle the responsibility of the courts. Interpretive or declaratory acts serve "... to remove doubts existing as to common law, or the meaning or effect of any statute".

(See *Craies on Statute Law* (7th ed. 1971), at p. 58.)

45

In s. 187 the legislature stated the law: a stipulation that allows total or partial withdrawal does not prevent an annuity contract from being considered an annuity. There had already been a judicial ruling with respect to a stipulation that allows total withdrawal: it had been decided in *Coopérants, supra*, that a surrender option, in the context of the termination of the contract, did not change the nature of an annuity contract. The issue in that case was the application of the rule governing life insurance contracts, for which the existence of a surrender stipulation did not change the nature of the contract. In the case of life insurance, it is settled that where the contract contains a stipulation to that effect, the insured may terminate the contract by exercising the right to the surrender value. By operation of the surrender, the insurer's obligations are extinguished (Lluelles, *supra*, at pp. 407-8). What the declaratory legislation makes clear is that a stipulation which allows partial withdrawal also does not prevent the contract from being considered an annuity. However, to remain consistent with the existing law and maintain the declaratory nature of the Act, we must consider partial withdrawals in the context of changes to the

entreprise, il a justement cherché à investir dans un véhicule protégé. Il est donc utile de replacer l'intervention législative dans le contexte plus général du droit régissant l'insaisissabilité des régimes de retraite.

(1) La nature déclaratoire de la loi

Le législateur peut intervenir pour dire le droit. Lors d'une telle intervention, il ne change pas le droit. L'auteur Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 651, explique clairement la règle :

La Constitution ne s'oppose pas formellement à ce que le législateur exerce, à l'occasion, le pouvoir d'interpréter ses propres lois, pouvoir normalement dévolu à l'ordre judiciaire. On qualifie de déclaratoires (ou d'interprétaives, dans la tradition du droit civil) les lois ayant pour objet « de dissiper les doutes qui existent quant à la common law ou quant au sens ou à la portée d'une loi quelconque ».

(Voir *Craies on Statute Law* (7^e éd. 1971), p. 58 (traduction).)

Par l'article 187, le législateur a donc précisé le droit : une faculté de retrait total ou partiel n'empêche pas un contrat de rente d'être considéré comme tel. La faculté de retrait total avait déjà fait l'objet d'un prononcé judiciaire. En effet, l'arrêt *Coopérants*, précité, avait déjà décidé qu'une faculté de rachat, dans le contexte de la cessation du contrat, ne changeait pas la nature du contrat de rente. Il s'agissait là d'une application de la règle régissant le contrat d'assurance-vie, pour lequel l'existence d'une faculté de rachat ne modifie pas la nature du contrat. En assurance-vie, il est admis que l'assuré peut, lorsque le contrat contient une stipulation à cet effet, mettre un terme au contrat en exerçant son droit à la valeur de rachat. Par la prise d'effet du rachat, il y a extinction des obligations de l'assureur (Lluelles, *op. cit.*, p. 407-408). Ce que la déclaration législative précise, c'est qu'une faculté de retrait partiel n'empêche pas non plus que le contrat se qualifie comme rente. Pour demeurer cohérent avec l'état du droit et conserver la nature déclaratoire de la loi, il faut cependant situer le retrait partiel dans un contexte de modification des bénéfices. En assurance-vie, l'assuré peut aussi, lorsqu'il

benefits. In the case of life insurance, the insured may also, where there is a stipulation to that effect, receive an advance on the policy, and the effect of this is to reduce the insurer's obligations (Lluelles, *supra*, at p. 413). The declaration by the legislature therefore dispels any ambiguity with respect to partial withdrawals, by stating that the same flexibility is available for annuities as for life insurance contracts.

The amendment does not change the rule requiring that capital be alienated, which is the central element of an annuity contract and which is missing in this case. The conclusion to which the analysis done earlier led therefore cannot be altered on the basis of the declaration by the legislature. In the case of an insurance policy, the insurer retains ownership of the capital, subject to the provision that the contract may be terminated or the insurer's obligations reduced. The same rule applies to an annuity contract.

With respect to the broader effects of the provision, there is no need to analyse its cryptic wording for the purposes of this case. Certainly the legislature will have to examine the actual concept of withdrawals, in order to incorporate it coherently into the mechanism for constituting an annuity.

(2) Protection for Pension Plans

Scotia submits that s. 187 shows that the legislature wanted to protect new financial vehicles created by insurers and trust companies. In its submission, all such vehicles, whether in the form of a retirement plan, life insurance or an annuity, should have the same protection because they are all designed to provide retirement income. To dispose of this argument, a brief review of the history of retirement plans is in order.

As mentioned above, the philosophy guiding the protection of rights under insurance policies and, by statutory extension, annuities, whether constituted by an insurer or a trust company, was the desire to protect the family of the insured person or settlor. Parallel to that scheme, the legislature enacted

existe une stipulation à cet effet, obtenir une avance sur sa police, ce qui entraîne une réduction des obligations de l'assureur (Lluelles, *op. cit.*, p. 413). La déclaration législative dissipe donc toute ambiguïté pour les retraits partiels en énonçant que les rentes bénéficient de la même flexibilité que celle autorisée pour les contrats d'assurance-vie.

La modification ne change pas la règle imposant l'aliénation du capital, élément central du contrat de rente qui fait défaut en l'espèce. La déclaration du législateur ne permet donc pas de modifier la conclusion de l'analyse déjà faite. Dans le cas des assurances, le capital demeure acquis à l'assureur, sous réserve de la cessation du contrat ou de la réduction des obligations de l'assureur. La même règle prévaut pour le contrat de rente.

Pour ce qui est de l'effet plus large de la disposition, le contexte du présent litige ne nécessite pas qu'on en analyse la formulation sibylline. Le législateur sera sûrement appelé à se pencher sur le concept même des retraits pour l'intégrer avec cohérence au mécanisme de constitution de la rente.

(2) La protection bénéficiant aux régimes de pension

Scotia plaide que l'art. 187 indique une volonté du législateur de protéger les nouveaux véhicules financiers mis en place par les assureurs et les sociétés de fiducie. Selon elle, tous les véhicules, qu'ils prennent la forme de régimes de retraite, d'assurance-vie ou de rente, doivent bénéficier de la même protection dans la mesure où ils visent à assurer un revenu de retraite. Pour statuer sur cet argument, un bref historique des régimes de retraite est nécessaire.

Tel que mentionné ci-dessus, la philosophie guidant la protection des droits découlant des polices d'assurance et, par extension législative, des rentes, qu'elles soient constituées par un assureur ou une société de fiducie, était de protéger la famille de l'assuré ou du constituant. Parallèlement à ce

46

47

48

49

a number of statutes that contained exemptions from seizure for rights under employee pension plans. Protection under those statutes is not limited to plans where a family member is the beneficiary. Certainly the most far-reaching statute is the *Supplemental Pension Plans Act*, R.S.Q., c. R-15.1 (formerly S.Q. 1965, 13-14 Eliz. II, vol. I, c. 25), but there are also several other narrower statutes to the same effect, such as the *Act respecting the teachers pension plan*, R.S.Q., c. R-11, s. 77, or the *Act respecting the civil service superannuation plan*, R.S.Q., c. R-12, s. 113, to name just a few. Under those Acts, rights granted under retirement plans are exempt from seizure, but that protection ends when the capital becomes part of the employee's patrimony. In fact, the dispute that was the subject of the decision in *Poulin, supra*, arose out of a refund of capital and the investment of that capital in a self-directed RRSP. The protection applies only as long as the assets remain locked in. None of those plans allows contributing employees to use the funds as they see fit during the life of the plan.

50 The rules governing insurance and annuities have already been discussed at length. Neither of those vehicles allows the policy holder or settlor to use the funds placed with the insurer or the annuity debtor as would an owner.

51 The Quebec legislature clearly demonstrated its desire to protect not only employees' families, but also their retirement income, provided that the assets used to generate that income are invested in a particular legal vehicle, whether it be an annuity, an insurance policy or a pension plan. Has the legislature demonstrated a desire to extend that protection to RRSPs in general?

52 In 1957, in response to pressure from professionals who did not have access to pension plans for which tax benefits were available, the federal government decided to allow all taxpayers to defer the tax payable on a portion of their income if that portion was used to set up a retirement fund (W. E. Crawford, "Taxation and Retirement Planning"

régime, le législateur a adopté un grand nombre de lois comportant des déclarations d'insaisissabilité pour les droits découlant des régimes de retraite des employés. La protection accordée par ces lois n'est pas limitée aux régimes dont un membre de la famille est bénéficiaire. La loi qui a la portée la plus vaste est sûrement la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., ch. R-15.1 (auparavant la *Loi des régimes supplémentaires de rentes*, S.Q. 1965, 13-14 Eliz. II, vol. I, ch. 25), mais plusieurs lois ponctuelles sont au même effet, telles la *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., ch. R-11, art. 77, ou la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., ch. R-12, art. 113, pour n'en nommer que quelques-unes. Aux termes de ces lois, l'insaisissabilité couvre les droits conférés par le régime de retraite, mais cette protection cesse lorsque le capital est intégré au patrimoine de l'employé. C'est d'ailleurs une remise de capital et son investissement dans un REER autogéré qui a donné lieu au litige sous-tendant l'arrêt *Poulin*, précité. La protection ne vaut donc qu'en autant que l'actif demeure immobilisé. Aucun de ces régimes ne permet à un employé actif d'utiliser les fonds comme bon lui semble pendant sa durée.

Pour ce qui est des assurances et des rentes, leurs règles ont été amplement discutées déjà. Aucun de ces véhicules n'autorise le preneur ou le constituant à utiliser les fonds confiés à l'assureur ou au débirentier comme le ferait un propriétaire.

Le législateur québécois démontre donc clairement son désir de protéger non seulement la famille, mais aussi le revenu de retraite des employés, pourvu que les éléments d'actif servant à produire ce revenu soient encadrés dans un véhicule juridique particulier, qu'il s'agisse d'une rente, d'une assurance ou d'un régime de retraite. A-t-il démontré une volonté de faire bénéficier les REER, de façon générale?

En 1957, à la suite de pressions de professionnels n'ayant pas accès à un régime de retraite bénéficiant d'avantages fiscaux, le gouvernement fédéral a autorisé tout contribuable à différer l'impôt sur une portion de ses revenus pour constituer un fonds de retraite (W. E. Crawford, « Taxation and Retirement Planning » (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1343, p. 1349).

(1995), 43 *Can. Tax J.* 1343, at p. 1349). Parliament amended the *Income Tax Act* (S.C. 1957, c. 29, s. 17(1)) and created the first RRSPs. Fifteen years later, Quebec enacted a similar provision (*Taxation Act*, S.Q. 1972, c. 23, s. 684). Under the early plans, authorized investments were limited to insurance policies, annuities, deposit certificates and certain classes of shares. Over the years, the investment rules were relaxed and self-directed RRSPs of the type in issue in this case became very popular.

The Quebec legislature, however, did not direct its attention to the legal status of RRSPs in civil law. While RRSPs are subject to both federal and provincial tax legislation, they are still governed by the rules of contract law that apply to the vehicle used. Thus, with respect to exemption from seizure, there was no statutory provision that operated to cover all RRSPs. To determine whether assets were seizable, reference had to be made to the legal nature of the vehicle in which the assets were invested.

The original investment rules for RRSPs allowed and still allow funds to be used to purchase insurance policies or annuities and consequently allow investors to arrange for some protection against seizure. Thus self-employed workers can have the protection provided by exemption from seizure and suffer no discrimination in comparison with employees who have access to pension plans covered by the *Supplemental Pension Plans Act*.

Scotia nevertheless argues that self-employed workers are treated unfairly in comparison with employees because, in its submission, the rules governing retirement plans are very flexible. In my opinion, that argument cannot succeed. Pension plans impose strict rules on transfers of funds throughout the period when a participant is making contributions. Those rules are not more favourable, overall, than the rules that apply to self-employed workers.

Par une modification à la *Loi de l'impôt sur le revenu* (S.C. 1957, ch. 29, par. 17(1)), le législateur fédéral a ainsi créé les premiers REER. Quinze ans plus tard, le Québec a adopté une disposition similaire (*Loi sur les impôts*, L.Q. 1972, ch. 23, art. 684). Les investissements autorisés dans les premiers régimes étaient limités aux assurances, aux rentes, aux certificats de dépôt et à certaines catégories d'actions. Avec les années, les règles d'investissement ont été assouplies et les REER autogérés du type de celui donnant lieu au présent litige sont devenus très populaires.

Le législateur québécois ne s'est cependant pas intéressé au caractère juridique des REER en droit civil. Les REER sont assujettis aux lois sur les impôts fédérale et provinciales, mais ils sont toujours régi par les règles du droit des contrats applicables au véhicule utilisé. C'est ainsi que, pour l'insaisissabilité, aucune disposition législative n'agit de façon à couvrir tous les REER. Pour déterminer la saisisseabilité de l'actif, il faut se reporter à la nature juridique du véhicule dans lequel l'actif est investi.

Les règles initiales d'investissement des REER autorisaient et autorisent toujours l'utilisation des fonds pour l'achat d'une police d'assurance ou d'une rente et permettent en conséquence à un épargnant de se ménager une certaine protection contre les saisies. Ainsi, les travailleurs autonomes peuvent bénéficier de la protection de l'insaisissabilité et ne subissent pas de discrimination par rapport aux employés ayant accès aux régimes de pension couverts par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

Scotia plaide tout de même que les travailleurs autonomes font l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux employés parce que les règles régissant les régimes de retraite seraient très souples. Cet argument n'est, à mon avis, pas fondé. Les régimes de retraite assujettissent les transferts de fonds à des règles strictes pendant toute la période où un participant est actif. Ces règles ne sont pas globalement plus favorables que celles s'appliquant aux travailleurs autonomes.

53

54

55

56 Flexible plans of the kind offered by Scotia are more attractive to investors because the investors are still able to dispose of their assets as they see fit, subject only to tax constraints. That flexibility, which is not shared by pension plans subject to the *Supplemental Pension Plans Act*, comes at a price, because the assets held in such a plan are seizable.

57 The declaration made by the legislature in 2002 did not change the rules governing exemption from seizure in general, nor does it suggest that the legislature wanted to change the protection given to RRSPs. If that had been the legislature's intention, it would not have limited itself to declaring the law that applies to partial or total withdrawals of the assets that are to be used to pay an annuity. The action taken by the legislature was therefore simply another narrow change following on the change that provided annuity contracts established by trust companies with access to the same protection as contracts with insurers. Contracts covered by the exemption from seizure are still the exception.

II. Conclusion

58 RRSPs, by their nature, cannot be assigned a one-size-fits-all label. They may establish rules that allow for the purchase of a life insurance policy or annuity that is exempt from seizure, and even for a trust to be constituted. To accomplish that, however, they must comply with the rules that apply to those contracts. In the case of the Scotia RRSP, a fundamental rule, that there be alienation, was not met, and this means that it cannot be characterized as an annuity or trust. Even if we were to assume that partial or total withdrawals were not a bar to that characterization, the assets in this case are still in the hands of the person who continues to be the owner until the maturity date of the Plan. In this case, that owner is Thibault.

59 For these reasons, I would dismiss the appeal without costs, except as regards the *amicus curiae* whose costs will be paid in accordance with the order rendered upon its appointment.

Les régimes flexibles, du genre de celui de Scotia, sont plus attrayants pour les épargnants parce que ceux-ci continuent de pouvoir disposer à leur guise de leur actif, sous réserve des seules contraintes fiscales. Cette flexibilité, que ne partagent pas les régimes de retraite assujettis à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, a son prix puisque l'actif détenu en vertu d'un tel régime est saisissable.

La déclaration législative faite en 2002 n'a pas modifié les règles sur l'insaisissabilité en général. De plus, elle ne fait pas voir que le législateur voulait transformer la protection dont bénéficient les REER. Si telle avait été sa volonté, il ne se serait pas limité à déclarer le droit applicable aux retraits partiels ou totaux de l'actif devant servir à payer une rente. Son intervention ne constitue donc qu'une autre modification ponctuelle qui se situe dans la lignée de celle par laquelle les contrats de rente établis par les sociétés de fiducie ont pu bénéficier de la même protection que ceux convenus avec les assureurs. Le champ de l'insaisissabilité demeure l'exception.

II. Conclusion

La nature des REER fait qu'il n'est pas possible de leur apposer une étiquette unique. Ils peuvent établir des règles qui permettent d'acheter une police d'assurance-vie ou une rente insaisissable ou même de constituer une fiducie. Pour ce faire, ils doivent cependant respecter les règles applicables à ces contrats. Dans le cas du REER Scotia, une règle élémentaire, celle de l'aliénation, n'est pas respectée et empêche la qualification comme rente ou comme fiducie. Même si l'on tient pour acquis que des retraits partiels ou totaux ne font pas obstacle à cette qualification, l'actif demeure, ici, entre les mains de celui qui reste propriétaire jusqu'à l'échéance du Régime. En l'occurrence, ce propriétaire est M. Thibault.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel sans dépens, sauf quant à l'*amicus curiae* dont les frais seront payés conformément à l'ordonnance prononcée lors de sa désignation.

APPENDIX

**DECLARATION OF TRUST
SCOTIA PROTECTED SELF-DIRECTED REGISTERED
RETIREMENT SAVINGS PLAN**

3. Contributions and Investments

Contributions made by the Annuitant or the Annuitant's spouse to the Plan in such minimum or maximum amounts permitted by Applicable Tax Legislation and by the Trustee, and the income earned thereon, will be held in trust by the Trustee for the purpose of providing a retirement income to the Annuitant or to be dealt with in accordance with section 11.

The Trustee will, on the written or oral directions of the Annuitant, invest the property of the Plan, provided that the Trustee may in its sole discretion decline to make any particular investment for any reason including, without limitation, if the proposed investment and related documentation do not comply with the Trustee's administrative requirements, which may be modified from time to time. The Annuitant will have the right to constitute a qualified agent satisfactory to the Trustee as his or her attorney for the purpose of giving any such directions and the Trustee will be released from any claims of or liability to the Annuitant in acting pursuant to such directions unless it has received written notice that the agent is not or has ceased to be the Annuitant's attorney and the Trustee has acknowledged receipt of such notice in writing. The Trustee may require the Annuitant to provide such documentation in respect of any investment or proposed investment as the Trustee in its sole discretion deems necessary in the circumstances. Pending investment of property of the Plan that is in the form of cash, the Trustee will hold such cash in a segregated account and pay interest thereon on such terms and at such rate or rates as it may from time to time establish, provided that such cash has been deposited with the Trustee. Until the Plan is terminated as provided herein, the Trustee's sole obligation relating to investments of the Plan will be confined to:

- (i) executing the directions of the Annuitant with respect to the investment and reinvestment of monies contributed by the Annuitant or the Annuitant's spouse and of the proceeds of any sales of such investments or reinvestments and any income earned thereon; and
- (ii) maintaining legal ownership and possession of the investments which from time to time form

ANNEXE

**DÉCLARATION DE FIDUCIE
RÉGIME D'ÉPARGNE-RETRAITE AUTOGÉRÉ PROTÉGÉ
SCOTIA**

3. Cotisations et placements

Le fiduciaire doit détenir en fidéicommis les cotisations du rentier ou de son conjoint, de même que le revenu de leur placement pour assurer un revenu de retraite au rentier ou effectuer un transfert prévu par l'article 11; les cotisations doivent respecter les limites minimales et maximales fixées par les lois fiscales applicables et par le fiduciaire.

Le fiduciaire doit investir l'actif du régime suivant les directives écrites ou orales du rentier; il peut toutefois, à son gré, refuser de faire tout placement pour quelque motif que ce soit, notamment si le placement en question et la documentation s'y rapportant ne sont pas conformes à ses exigences administratives, lesquelles peuvent être modifiées en tout temps. Le rentier a le droit de mandater un fondé de pouvoir compétent, convenant au fiduciaire, pour donner ces directives; en se conformant aux directives de ce fondé de pouvoir, le fiduciaire est dégagé de toute responsabilité envers le rentier, sauf s'il a été informé par écrit que la personne en cause n'est pas ou n'est plus le fondé de pouvoir du rentier et s'il a accusé réception de cet avis. Le rentier doit fournir tous les documents que le fiduciaire, à son gré, estime nécessaires à l'égard de tout placement ou projet de placement. Toute somme en espèces faisant partie de l'actif du régime et déposée entre les mains du fiduciaire doit, dans l'attente de son placement, être déposée dans un compte distinct et porter intérêt aux conditions et aux taux que fixe le fiduciaire. Jusqu'à l'échéance du régime prévue aux présentes, la seule obligation du fiduciaire à l'égard des placements du régime consiste à :

- (i) exécuter les directives du rentier concernant le placement de ses cotisations ou de celles de son conjoint, ainsi que du produit de la vente de ces placements et du revenu qui en est tiré; et
- (ii) conserver la propriété légale et la possession des placements faisant partie de l'actif du régime ou,

part of the property of the Plan or maintaining such investments in bearer form or in the name of a nominee or in such other name as the Trustee may determine.

Without restricting the generality of the foregoing, it will be the sole responsibility of the Annuitant to choose the investments of the Plan, to determine whether any such investment is or remains a qualified investment or constitutes foreign property within the meaning of Applicable Tax Legislation and to determine whether any investment should be purchased, sold or retained by the Trustee as part of the Plan. The Trustee will not be liable to the Annuitant if:

- (i) such investments result in additional taxes or penalties imposed by Applicable Tax Legislation, or
- (ii) such investments produce losses of any nature whatsoever for the Plan,

whether or not the Trustee has communicated to the Annuitant any information the Trustee may have received, or any judgement the Trustee may have formed, with respect to the foregoing at any particular time.

4. Withdrawals

The Annuitant may, by written direction at any time before the purchase of a retirement income pursuant to section 6, and with the express authorization of an irrevocable beneficiary, if one has been designated, request the Trustee to distribute to the Annuitant, subject to any required withholding in respect of taxes or other charges, all or part of the property of the Plan. In no event will any such payment exceed the value of the Plan immediately before the time of payment.

6. Retirement Income

Subject to section 11, the Annuitant will, upon at least ninety (90) days' written notice to the Trustee, or upon such shorter period of notice as the Trustee may in its sole discretion permit, specify the date of maturity of the Plan and the commencement of a retirement income (which date will be no later than the last day in the calendar year in which the Annuitant attains 71 years of age) and provide any necessary documentation required by the Trustee.

On the maturity date, the Trustee shall liquidate the assets of the Plan and apply the proceeds therefrom, after deducting applicable costs, fees, expenses and

à son gré, les détenir au porteur, au nom d'un mandataire ou à tout autre nom.

Sans nullement restreindre la portée générale de ce qui précède, le rentier est entièrement responsable de choisir les placements du régime, de vérifier s'ils constituent ou demeurent des placements admissibles ou des biens étrangers au sens des lois fiscales applicables et de décider si le fiduciaire devrait acquérir, vendre ou conserver un placement quelconque dans le cadre du régime. Le fiduciaire ne saurait être tenu responsable envers le rentier si :

- (i) de tels placements entraînent la perception d'imôts supplémentaires ou l'imposition de pénalités en vertu des lois fiscales applicables; ou si
- (ii) de tels placements entraînent une perte de quelque nature que ce soit pour le régime,

peu importe que le fiduciaire ait ou non communiqué au rentier l'information en sa possession ou son opinion au sujet de tels placements.

4. Retraits

Le rentier peut, avec l'autorisation expresse d'un bénéficiaire irrévocable, le cas échéant, et par directives écrites données avant la constitution d'un revenu de retraite aux termes de l'article 6, demander au fiduciaire de lui verser la totalité ou toute partie de l'actif du régime, déduction faite des retenues fiscales et autres charges. Un tel versement ne peut en aucun cas excéder la valeur du régime immédiatement avant la date du versement.

6. Revenu de retraite

Sous réserve de l'article 11, il appartient au rentier d'informer le fiduciaire, par préavis écrit d'au moins quatre-ving-dix (90) jours ou dans tout délai plus bref que le fiduciaire peut à son gré autoriser, de la date d'échéance du régime et du premier versement de son revenu de retraite (date qui ne doit pas être postérieure au dernier jour de l'année où le rentier atteint l'âge de 71 ans) et de lui transmettre tous les documents requis.

À la date d'échéance, le fiduciaire liquide l'actif du régime et affecte le produit, déduction faite des coûts, frais, dépenses et débours applicables, de manière que

disbursements, so as to ensure that the Annuitant receives retirement income in the form of a fixed-term annuity and subject to the expiry date determined by the Annuitant as provided herein. Such fixed-term annuity shall be provided by the Trustee at its rates for such annuities then in effect or, at the Annuitant's request, by any insurer authorized to provide fixed-term annuities in Canada.

Upon providing ninety (90) days' written notice to the Trustee, and subject to Applicable Tax Legislation, the Annuitant may determine the form and expiry date of the fixed-term annuity. Notwithstanding any provision to the contrary contained herein, if no written communication has been received by the Trustee as of the first day of November of the year in which the Annuitant reaches the age of 71, the maturity date shall be deemed to be the first day of December of the year in question and the Annuitant shall be deemed to have chosen a fixed-term annuity in the form and subject to the expiry date determined by the Trustee in its sole discretion.

Payment of the fixed-term annuity shall be made in equal periodic amounts at least once a year for the duration of the term.

In the event of the Annuitant's death after fixed-term annuity payments have begun, the beneficiary shall be entitled to a benefit in an amount equal to the commuted value of the fixed-term annuity after deduction of costs and fees and, where applicable, income tax withheld at source, payable in a single payment upon presentation of such documentation as may reasonably be required by the Trustee.

le rentier reçoive un revenu de retraite sous forme de rente à terme fixe et selon la date d'échéance établie par le rentier de la façon prévue aux présentes. Cette rente à terme fixe est versée par le fiduciaire aux taux qu'il pratique alors pour ces rentes ou, à la demande du rentier, par un assureur autorisé à verser des rentes à terme fixe au Canada.

Par préavis écrit de quatre-vingt-dix (90) jours adressé au fiduciaire et sous réserve des lois fiscales applicables, le rentier peut déterminer la forme et la date d'échéance de la rente à terme fixe. Malgré toute disposition contraire aux présentes, si le fiduciaire n'a reçu aucun avis écrit au premier novembre de l'année au cours de laquelle le rentier atteint l'âge de 71 ans, la date d'échéance est réputée être le premier jour de décembre de l'année en cause et le rentier est réputé avoir choisi une rente à terme fixe dont la forme et la date d'échéance sont établies par le fiduciaire, à son seul gré.

La rente à terme fixe est versée en montants périodiques égaux au moins une fois l'an, jusqu'à l'expiration.

Dans le cas du décès du rentier après le premier versement de la rente à terme fixe, le bénéficiaire a droit à une prestation d'un montant égal à la valeur convertie de la rente à terme fixe, déduction faite des coûts, des frais et, le cas échéant, des retenues fiscales applicables; cette prestation lui est payable en un versement forfaitaire sur présentation des documents que demande raisonnablement le fiduciaire.

21. Exemption from Seizure

Subject to this section 21, the property held under the Plan is exempt from seizure.

The exemption from seizure stipulated in section 21 may be overridden by, *inter alia*,

- (a) Applicable Tax Legislation,
- (b) the Civil Code of Quebec,
- (c) any other legislation which addresses economic equality between spouses and other similar provincial legislation, or
- (d) federal legislation governing bankruptcy or insolvency,

21. Insaisissabilité

Sous réserve du présent article 21, l'actif du régime est insaisissable.

Les autres lois et code énumérés ci-dessous, entre autres, ont préséance sur l'insaisissabilité prévue au présent article 21 :

- (a) les lois fiscales applicables;
- (b) le Code civil du Québec;
- (c) les lois portant sur l'égalité économique des conjoints et toute autre loi provinciale semblable;
- (d) les lois fédérales régissant la faillite ou l'insolvabilité.

and it is suggested that the opinion of a legal and/or tax advisor be obtained with respect thereto.

The Annuitant understands that any designation of heirs or any other provision contained in the will of the Annuitant that is incompatible with the beneficiary designation under the Plan and the provisions of this Plan could invalidate the protection provided by this Plan. The Annuitant is advised to consult with a legal advisor with respect thereto.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

1256. A foundation results from an act whereby a person irrevocably appropriates the whole or part of his property to the durable fulfilment of a socially beneficial purpose.

It may not have the making of a profit or the operation of an enterprise as its main object.

1260. A trust results from an act whereby a person, the settlor, transfers property from his patrimony to another patrimony constituted by him which he appropriates to a particular purpose and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer.

1275. The settlor or the beneficiary may be a trustee but he shall act jointly with a trustee who is neither the settlor nor a beneficiary.

1278. A trustee has the control and the exclusive administration of the trust patrimony, and the titles relating to the property of which it is composed are drawn up in his name; he has the exercise of all the rights pertaining to the patrimony and may take any proper measure to secure its appropriation.

• • •
1287. The administration of a trust is subject to the supervision of the settlor or of his heirs, if he has died, and of the beneficiary, even a future beneficiary.

In addition, in cases provided for by law, the administration of a private or social trust is subject, according to its object and purpose, to the supervision of the persons or bodies designated by law.

1297. At the termination of the trust, the trustee shall deliver the property to those who are entitled to it.

Where there is no beneficiary, any property remaining when the trust is terminated devolves to the settlor or his heirs.

On recommande d'obtenir l'avis d'un conseiller fiscal ou juridique à cet égard.

Le rentier croit savoir que toute désignation d'héritiers ou toute autre disposition de son testament qui est incompatible avec la désignation de bénéficiaire aux termes du régime et avec les dispositions du présent régime pourrait invalider la protection prévue aux présentes. On recommande au rentier de consulter un conseiller juridique à cet égard.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

1256. La fondation résulte d'un acte par lequel une personne affecte, d'une façon irréversible, tout ou partie de ses biens à une fin d'utilité sociale ayant un caractère durable.

La fondation ne peut avoir pour objet essentiel la réalisation d'un bénéfice ni l'exploitation d'une entreprise.

1260. La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

1275. Le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire.

1278. Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation.

• • •
1287. L'administration de la fiducie est soumise à la surveillance du constituant ou de ses héritiers, s'il est décédé, et du bénéficiaire, même éventuel.

En outre, dans les cas prévus par la loi, l'administration des fiducies d'utilité privée ou sociale est soumise, suivant leur objet et leur fin, à la surveillance des personnes et organismes désignés par la loi.

1297. Le fiduciaire doit, au terme de la fiducie, remettre les biens à ceux qui y ont droit.

À défaut de bénéficiaire, les biens qui restent au terme de la fiducie sont dévolus au constituant ou à ses héritiers.

1819. A gift *mortis causa* is null unless it is made by marriage or civil union contract or unless it may be upheld as a legacy.

2367. A contract for the constitution of an annuity is a contract by which a person, the debtor, undertakes, gratuitously or in exchange for the alienation of capital for his benefit, to make periodical payments to another person, the annuitant, for a certain time.

The capital may consist of immovable or movable property; if it is a sum of money, it may be paid in cash or by instalments.

2379. The designation or revocation of an annuitant, other than the person who furnished the capital of the annuity, is governed by the rules respecting stipulation for another.

However, the designation or revocation of an annuitant, in respect of annuities transacted by insurers or of retirement plan annuities, is governed by those rules respecting the contract of insurance which relate to beneficiaries and subrogated holders, adapted as required.

2393. Life insurance guarantees payment of the agreed amount upon the death of the insured; it may also guarantee payment of the agreed amount during the lifetime of the insured, on his surviving a specified period or on the occurrence of an event related to his existence.

Life or fixed-term annuities transacted by insurers are assimilated to life insurance but remain also governed by the chapter on Annuities. However, the rules in this chapter relating to unseizability apply to such annuities with priority.

2457. Where the designated beneficiary of the insurance is the married or civil union spouse, descendant or ascendant of the policyholder or of the participant, the rights under the contract are exempt from seizure until the beneficiary receives the sum insured.

2644. The property of a debtor is charged with the performance of his obligations and is the common pledge of his creditors.

2645. Any person under a personal obligation charges, for its performance, all his property, movable and immovable, present and future, except property which is exempt from seizure or property which is the object of a division of patrimony permitted by law.

However, the debtor may agree with his creditor to be bound to fulfil his obligation only from the property they designate.

1819. La donation à cause de mort est nulle, à moins qu'elle ne soit faite par contrat de mariage ou d'union civile ou qu'elle ne puisse valoir comme legs.

2367. Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédiren-tier.

Le capital peut être constitué d'un bien immeuble ou meuble; s'il s'agit d'une somme d'argent, il peut être payé au comptant ou par versements.

2379. La désignation ou la révocation d'un crédi-rentier autre que la personne qui a fourni le capital de la rente, est régie par les règles de la stipulation pour autrui.

Toutefois, la désignation ou la révocation d'un crédi-rentier, au titre de rentes pratiquées par les assureurs ou dans le cadre d'un régime de retraite, est régie par les règles du contrat d'assurance relatives aux bénéficiaires et aux titulaires subrogés, compte tenu des adaptations nécessaires.

2393. L'assurance sur la vie garantit le paiement de la somme convenue, au décès de l'assuré; elle peut aussi garantir le paiement de cette somme du vivant de l'assuré, que celui-ci soit encore en vie à une époque déterminée ou qu'un événement touchant son existence arrive.

Les rentes viagères ou à terme, pratiquées par les assureurs, sont assimilées à l'assurance sur la vie, mais elles demeurent aussi régies par les dispositions du chapitre De la rente. Cependant, les règles du présent chapitre sur l'insaisissabilité s'appliquent en priorité.

2457. Lorsque le bénéficiaire désigné de l'assurance est l'époux ou le conjoint uni civilement, le descendant ou l'ascendant du titulaire ou de l'adhérent, les droits conférés par le contrat sont insaisissables, tant que le bénéficiaire n'a pas touché la somme assurée.

2644. Les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers.

2645. Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi.

Toutefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent.

Civil Code of Lower Canada

1787. Constitution of rent is a contract by which parties agree that yearly interest shall be paid by one of them upon a sum of money due to the other or furnished by him, to remain permanently in the hands of the former as a capital of which payment shall not be demanded by the party furnishing it, except as hereinafter provided.

*Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25***553.** The following are exempt from seizure:

(1) Consecrated vessels and things used for religious worship;

(2) Family papers and portraits, medals and other decorations;

(3) Property declared by a donor or testator to be exempt from seizure, which may however be seized by creditors posterior to the gift or to the opening of the legacy, with the permission of the judge and to the extent that he determines;

(4) Judicially awarded support and sums given or bequeathed as support, even if not declared to be exempt from seizure by the instrument evidencing the gift or bequest;

(5) Books of account, titles of debt and other papers in the possession of the debtor, saving the things mentioned in article 570;

(6) Contingent emoluments and fees due to ecclesiastics and ministers of religion by reason of their current services, and the income of their clerical endowment;

(7) Benefits payable under a supplemental pension plan to which an employer contributes on behalf of his employees, other amounts declared unseizable by an Act governing such plans and contributions paid or to be paid into such plans;

(8) Periodic disability benefits under a contract of accident and sickness insurance;

(9) Reimbursement of expenses incurred under a contract of accident and sickness insurance;

(9.1) Property of a person that he requires to compensate for a handicap;

Code civil du Bas Canada

1787. La constitution de rente est un contrat par lequel les parties conviennent du paiement par l'une d'elles de l'intérêt annuel sur une somme d'argent due à l'autre ou par elle comptée, pour demeurer permanent entre les mains de la première comme un capital qui ne doit pas être demandé par la partie qui l'a fourni, excepté dans les cas ci-après mentionnés.

*Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25***553.** Sont insaisissables :

1. Les vases sacrés et autres objets servant au culte religieux;

2. Les papiers et portraits de famille, les médailles et autres décorations;

3. Les biens donnés ou légués sous condition d'insaisissabilité; néanmoins, ces biens peuvent être saisis à la poursuite des créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs, avec la permission du juge et pour la portion qu'il détermine;

4. Les aliments accordés en justice, de même que les sommes données ou léguées à titre d'aliments, encore que le titre qui les a constituées ne les ait pas déclarées insaisissables;

5. Les livres de compte, titres de créance et autres documents en la possession du débiteur, à l'exception de ceux énumérés à l'article 570;

6. Le casuel et les honoraires dus aux ecclésiastiques et ministres du culte en raison de leurs services communs; et les revenus des titres cléricaux;

7. Les prestations accordées au titre d'un régime complémentaire de retraite auquel cotise un employeur pour le compte de ses employés, les autres sommes déclarées insaisissables par une loi régissant ces régimes ainsi que les cotisations qui sont ou doivent être versées à ces régimes;

8. Les prestations périodiques d'invalidité au titre d'un contrat d'assurance contre la maladie ou les accidents;

9. Le remboursement pour frais engagés au titre d'un contrat contre la maladie ou les accidents;

9.1. Les biens d'une personne qui lui sont nécessaires pour pallier un handicap;

(10) (*Subparagraph repealed*);

(11) All gross salaries and wages to the extent of 70% of the excess over the following unseizable portion:

(a) \$180 per week, plus \$30 per week for each dependant in excess of two, if the debtor is supporting his or her spouse, has a dependent child, or is the main support of a relative; or

(b) \$120 per week in all other cases.

The person of the opposite or the same sex with whom the debtor has been cohabiting for three years or for one year if a child has issued from their union is considered to be the *de facto* spouse of the debtor, provided the debtor is neither married nor in a civil union.

In calculating salaries and wages account must be taken of any remuneration in money, kind or services, paid for services rendered under a contract of employment, of enterprise, for services or of mandate, excepting:

(a) the contributions of the employer to pension, insurance or social welfare funds;

(b) the value of the food and lodging supplied or paid for by the employer on the occasion of travelling while carrying out work;

(c) passes given by a transportation undertaking to its employees;

(11.1) 50% of sums payable under the Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act (Revised Statutes of Canada, 1985, chapter 4, 2nd Supplement);

(12) Anything declared unseizable by law.

However, notwithstanding any contrary provision of a general law or special Act, any income referred to in paragraph 4, 6, 8 or 11, as well as any amount mentioned in paragraph 7, is unseizable, in the case of effecting partition of a family patrimony or of a debt for support or a compensatory allowance between married or civil union spouses, to the extent of 50%.

Act to amend the Act respecting insurance and other legislative provisions, S.Q. 2002, c. 70

187. Any stipulation in a contract for the constitution of an annuity which allows the total or partial withdrawal

10. (*Paragraphe abrogé*);

11. Les traitements, salaires et gages bruts, pour les 7/10 de ce qui excède une première portion, elle-même insaisissable :

a) de 180 \$ par semaine, plus 30 \$ par semaine pour chaque personne à charge, à compter de la troisième, si le débiteur pourvoit aux besoins de son conjoint, s'il a charge d'enfant ou s'il est le principal soutien d'un parent; ou

b) de 120 \$ par semaine, dans les autres cas.

Est considérée comme le conjoint de fait du débiteur, à condition que le débiteur ne soit pas lié par un mariage ou une union civile, la personne, de sexe différent ou de même sexe, avec laquelle il vit maritalement depuis trois ans ou depuis un an si un enfant est issu de leur union.

Dans le calcul des traitements, salaires et gages, il doit être tenu compte de toutes prestations, en argent, en nature ou en service, consenties en contrepartie des services rendus en vertu d'un contrat de travail, de service, d'entreprise ou de mandat, à l'exception :

a) des contributions de l'employeur à quelque fonds de pension, d'assurance, ou de quelque service de sécurité sociale;

b) de la valeur de la nourriture et du logement fournis ou payés par l'employeur à l'occasion de déplacements effectués au cours de l'exécution des fonctions;

c) des laissez-passer donnés par une entreprise de transport à ses employés;

11.1. 50 % des sommes payables conformément à la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales (Lois révisées du Canada (1985), chapitre 4, 2^e supplément);

12. Toutes choses déclarées telles par quelque disposition de la loi.

Néanmoins, malgré toute disposition contraire d'une loi générale ou spéciale, les revenus mentionnés aux paragraphes 4, 6, 8 et 11, ainsi que les sommes mentionnées au paragraphe 7 ne sont insaisissables, s'il s'agit de l'exécution du partage entre époux ou conjoints unis civilement du patrimoine familial ou du paiement d'une dette alimentaire ou d'une prestation compensatoire, qu'à concurrence de 50 %.

Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002, ch. 70

187. Une faculté de retrait total ou partiel du capital stipulée dans un contrat constitutif de rente n'empêche

of the capital does not prevent the contract from being considered an annuity contract within the meaning of article 2367 of the Civil Code provided that the annuity is purchased from a trust company pursuant to section 178 of the Act respecting trust companies and savings companies (R.S.Q., chapter S-29.01) or from an insurer.

This section is declaratory but does not infringe upon the rights of the parties in cases pending before the courts on 16 December 2002. However, insurers and trust companies having entered into annuity contracts containing a stipulation allowing the total or partial withdrawal of the capital must compensate the contracting party or, as the case may be, the annuitant, the holder of the contract or the beneficiary under the contract, on request, for any seizure, within the scope of a proceeding commenced or ended before the above-mentioned date, of the annuity capital, up to the amounts seized.

Act respecting trust companies and savings companies, R.S.Q., c. S-29.01

178. Moneys constituting fixed-term annuities are unseizable in the hands of the trust company as fixed-term annuities transacted by insurers.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Solicitor for the respondent the Bank of Nova Scotia: Scotiabank, Montréal.

Solicitors for the intervener: Veillette & Associés, Sainte-Foy.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Woods & Partners, Montréal.

pas celui-ci d'être considéré comme un contrat de rente au sens de l'article 2367 du Code civil dans la mesure où la rente est constituée auprès d'une société de fiducie conformément à l'article 178 de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne (L.R.Q., chapitre S-29.01) ou auprès d'un assureur.

Cet article est déclaratoire, mais il ne porte pas atteinte aux droits des parties dans les causes pendantes devant les tribunaux le 16 décembre 2002. Cependant, les assureurs et les sociétés de fiducie qui ont conclu un contrat de rente comportant une faculté de retrait total ou partiel du capital doivent indemniser le contractant, ou selon le cas, le crédirentier, le titulaire ou le bénéficiaire de ce contrat, sur demande, pour toute saisie dans une instance commencée ou terminée avant la date ci-dessus mentionnée et effectuée sur le capital constitutif de la rente, jusqu'à concurrence des sommes saisies.

Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne, L.R.Q., ch. S-29.01

178. Les fonds constituant les rentes à terme fixe sont insaisissables entre les mains de la société de fiducie comme s'il s'agissait de rentes à terme fixe pratiquées par les assureurs.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Procureur de l'intimée la Banque de Nouvelle-Écosse : Scotiabank, Montréal.

Procureurs de l'intervenant : Veillette & Associés, Sainte-Foy.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Woods & Partners, Montréal.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse in favour of Jean-Marc Larocque Appellant

v.

Communauté urbaine de Montréal (now known as City of Montréal) Respondent

and

Attorney General of Quebec and Tribunal des droits de la personne Intervenors

INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL

Neutral citation: 2004 SCC 30.

File No.: 29231.

2003: December 9; 2004: May 14.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour, LeBel and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil rights — Unlawful interference with right — Remedy — Police officer — Discriminatory refusal to hire resulting from application of minimum standard for hearing acuity adopted by CUM pursuant to enabling Act — Quebec Tribunal des droits de la personne dismissing damages claim, declaring regulatory standard inoperable in relation to complainant and directing CUM to place complainant back in hiring process retroactively — Whether remedy appropriate — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

Civil rights — Unlawful interference with right — Remedy — Damages — Principles of public law ruling out possibility of awarding damages when legislation declared unconstitutional — Whether these principles impede implementation of s. 49 of Charter of Human Rights and Freedoms which entitles victims to damages — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en faveur de Jean-Marc Larocque Appelante

c.

Communauté urbaine de Montréal (maintenant désignée sous le nom de Ville de Montréal) Intimée

et

Procureur général du Québec et Tribunal des droits de la personne Intervenants

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL

Référence neutre : 2004 CSC 30.

Nº du greffe : 29231.

2003 : 9 décembre; 2004 : 14 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour, LeBel et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Libertés publiques — Atteinte illicite à un droit — Réparation — Policier — Refus d'embauche discriminatoire découlant de l'application de la norme d'acuité auditive fixée par la CUM en vertu de sa loi constitutive — Tribunal des droits de la personne du Québec rejetant la demande de dommages-intérêts, déclarant la norme réglementaire inopposable au plaignant et ordonnant à la CUM de le réintégrer rétroactivement dans le processus d'embauche — Cette réparation est-elle appropriée? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

Libertés publiques — Atteinte illicite à un droit — Réparation — Dommages-intérêts — Principes de droit public excluant la possibilité de recours en dommages-intérêts lorsque des lois sont déclarées constitutionnellement invalides — Ces principes font-ils obstacle à la mise en œuvre de l'art. 49 de la Charte des droits et libertés de la personne qui consacre le droit de réclamer des dommages-intérêts? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

A candidate for a position as a municipal police officer was excluded from the hiring process because he did not meet the minimum standard for hearing acuity adopted by the CUM pursuant to the regulatory powers given to it by its enabling Act. He filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, alleging that the refusal to hire him constituted discrimination in violation of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. As its proposal in favour of the complainant was not acted on, the Commission brought the matter to the Quebec Tribunal des droits de la personne. The Tribunal concluded that it could not find the CUM liable for damages resulting from the application of its legislative and regulatory powers. However, it declared the regulatory standard inoperable in relation to the complainant and directed the CUM to reconsider the complainant's application in accordance with the hiring process as it was at the time he applied with all of the benefits to which he would have been entitled had he not been excluded. The Court of Appeal allowed for the most part the CUM appeal in limiting the remedy to a mere declaration of the standard's inoperability in relation to the complainant.

Held: The appeal should be allowed in part.

Violations of the *Quebec Charter* give rise to various remedies. In particular, s. 49 entitles victims to obtain the cessation of interference with their rights and to damages and s. 52 provides that the *Quebec Charter* prevails over all Quebec legislation, unless an Act expressly provides otherwise. The general principle governing the exercise of these avenues of recourse is a search for the appropriate measure, where consistent with the public interest. This remedy for a violation cannot be chosen without taking into account the constitutional framework and principles governing the organization and practices of Canada's public institutions. Well-established principles of public law rule out the possibility of awarding damages when legislation is declared unconstitutional. This is the context in which the *Quebec Charter* shall be applied. The Commission's argument that the traditional rules do not apply with the introduction of s. 49 cannot be accepted. A more nuanced approach with respect to the relationship between the law of civil liability and public law should be adopted. General principles of public law may fully impede the application of the *jus commune*'s civil liability regime or partially modify the rules for its application. In this case, the rules governing the immunities attached to legislative and regulatory action imply a necessary distinction between a fault or negligent act and one that is unlawful or invalid because it fails to comply with fundamental, constitutional or quasi-constitutional standards. The Court of Appeal correctly

Un candidat à un poste de policier municipal est exclu d'un processus d'embauche parce qu'il ne satisfait pas à la norme d'acuité auditive adoptée par la CUM en vertu des pouvoirs réglementaires que lui confère sa loi constitutive. Il dépose une plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse alléguant un refus d'embauche discriminatoire qui viole la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*. Comme il n'est pas donné suite à sa proposition en faveur du plaignant, la Commission saisit le Tribunal des droits de la personne du Québec de l'affaire. Celui-ci conclut qu'il ne peut condamner la CUM à des dommages-intérêts pour un acte résultant de l'application de ses pouvoirs législatifs et réglementaires. Il déclare toutefois la norme réglementaire inopposable au plaignant et ordonne à la CUM de le réintégrer dans le processus d'embauche, tel qu'il existait lors de la présentation de sa candidature, en lui accordant tous les avantages qu'il aurait eus s'il n'en avait pas été évincé. La Cour d'appel accueille l'appel de la CUM en grande partie en restreignant la réparation à la seule déclaration d'inopposabilité de la norme au plaignant.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Les violations de la *Charte québécoise* donnent ouverture à des mesures de réparation variées. En particulier, l'art. 49 consacre le droit de mettre fin à l'atteinte et de réclamer des dommages-intérêts et l'art. 52 dispose que la *Charte québécoise* prévaut sur l'ensemble de la législation québécoise, sauf dérogation expresse. Le principe général qui régit l'exercice de ces recours est la recherche de la mesure appropriée compte tenu de l'intérêt public. Le choix de cette mesure ne saurait être déterminé sans égard à l'ensemble de la structure et des principes constitutionnels qui aménagent l'organisation et le fonctionnement des institutions publiques au Canada. Des principes bien établis de droit public excluent la possibilité de recours en dommages-intérêts lorsque des lois sont déclarées constitutionnellement invalides. L'application de la *Charte québécoise* se situe dans ce contexte juridique. Il faut donc rejeter la prétention de la Commission que les règles traditionnelles sont inapplicables dans la mise en œuvre de l'art. 49 et adopter une position nuancée quant aux rapports entre le droit de la responsabilité civile et le droit public. Des principes généraux de droit public peuvent faire obstacle totalement à l'application du régime de droit commun en responsabilité civile ou en modifier partiellement les règles de fonctionnement. En l'espèce, les règles d'immunité rattachées à l'action législative ou réglementaire impliquent une distinction nécessaire entre l'acte fautif et l'acte illégal ou invalide en raison de sa non-conformité aux normes fondamentales, constitutionnelles ou quasi constitutionnelles. C'est donc à bon

rejected the appellant's arguments to the effect that a remedy in the form of damages should be awarded.

However, on account of the diversity and flexibility of remedies for enforcing fundamental rights, the Court of Appeal should not have settled on a purely declaratory remedy. The restoration of these rights must not be reduced to a choice between applying the general civil liability regime or rendering declaratory judgments that recognize the right but give it no practical effect. Given the difficulties inherent in a recourse in damages and the problems resulting from a decision to place the complainant back in the hiring process retroactively, the appropriate measure of redress, in the circumstances of this case, is a declaration of inoperability coupled with a conclusion that the complainant's application should in future be considered according to the by-law respecting the hiring of police officers currently in force at the City of Montréal, but without taking into account his hearing loss.

Cases Cited

Applied: *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; **referred to:** *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Guimond v. Québec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Québec (Procureur général) v. Denis Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Communauté urbaine de Montréal, R.S.Q., c. C-37.2, ss. 77, 80 [am. 1993, c. 68, s. 16], 178.1.

By-law respecting standards of the Sûreté du Québec and municipal police forces for the hiring of constables and cadets, R.R.Q. 1981, c. P-13, r. 14, s. 6.

droit que la Cour d'appel a rejeté les conclusions de la Commission qui demandaient une réparation sous forme de dommages-intérêts.

Cependant, vu la diversité et la flexibilité des réparations possibles dans la mise en œuvre des droits fondamentaux, la Cour d'appel n'aurait pas dû s'arrêter à un redressement purement déclaratoire. L'aménagement des droits fondamentaux ne se réduit pas à un choix entre l'application du régime général de responsabilité civile et des jugements déclaratoires qui constatent le droit mais ne permettent pas de lui donner un effet concret. Compte tenu des difficultés propres au recours en dommages-intérêts et des problèmes que poserait une décision de replacer le plaignant dans le processus d'embauche rétroactivement, la réparation appropriée en l'espèce est une déclaration d'inopposabilité, jointe à une conclusion portant que, pour l'avenir, la candidature du plaignant doit être examinée sans tenir compte de sa perte de capacité auditive, conformément par ailleurs au règlement municipal d'embauche des policiers maintenant en vigueur.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; **arrêts mentionnés :** *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Procureur général) c. Denis Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10 [mod. 1982, ch. 61, art. 3], 13, 16, 49, 52 [mod. 1982, ch. 61, art. 16], 71, 80 [mod. 1989, ch. 51, art. 5], 86, 88, 111 [aj. *idem*, art. 16], 111.1.

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10 [am. 1982, c. 61, s. 3], 13, 16, 49, 52 [am. 1982, c. 61, s. 16], 71, 80 [am. 1989, c. 51, s. 5], 86, 88, 111 [ad. *idem*, s. 16], 111.1.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, preliminary provision, art. 1376.
Constitution Act, 1867.

Authors Cited

Macdonald, Roderick A. "Jurisdiction, Illegality and Fault: An Unholy Trinity" (1985), 16 *R.G.D.* 69.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] Q.J. No. 367 (QL), setting aside in part a decision of the Tribunal des droits de la personne, [2000] J.T.D.P.Q. No. 17 (QL). Appeal allowed in part.

Pierre-Yves Bourdeau, for the appellant.

Pierre Yves Boisvert, for the respondent.

Hugo Jean and Gilles Laporte, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

François Aquin and Sylvie Gagnon, for the intervenor Tribunal des droits de la personne.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This appeal concerns the scope of the remedial powers that the Quebec Tribunal des droits de la personne (the "Tribunal") may exercise under the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the "Quebec Charter"), in cases of unlawful discrimination. The issue at bar arises out of the rejection of an application for a position as a municipal police officer on the grounds of a hearing disability. For the reasons I shall give here, the appeal should be allowed in part, with the respondent being ordered to reconsider the complainant's application, despite his disability, in accordance with the recruitment procedures currently in force.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire, art. 1376.
Loi constitutionnelle de 1867.
Loi sur la Communauté urbaine de Montréal, L.R.Q., ch. C-37.2, art. 77, 80 [mod. 1993, ch. 68, art. 16], 178.1.
Règlement sur les normes d'embauche des agents et cadets de la Sûreté du Québec et des corps de police municipaux, R.R.Q. 1981, ch. P-13, r. 14, art. 6.

Doctrine citée

Macdonald, Roderick A. « Jurisdiction, Illegality and Fault : An Unholy Trinity » (1985), 16 *R.G.D.* 69.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] J.Q. n° 367 (QL), qui a infirmé en partie une décision du Tribunal des droits de la personne, [2000] J.T.D.P.Q. n° 17 (QL). Pourvoi accueilli en partie.

Pierre-Yves Bourdeau, pour l'appelante.

Pierre Yves Boisvert, pour l'intimée.

Hugo Jean et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

François Aquin et Sylvie Gagnon, pour l'intervenant le Tribunal des droits de la personne.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'étendue des pouvoirs de réparation que peut exercer le Tribunal des droits de la personne du Québec (le « Tribunal ») en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la « Chartre québécoise »), dans des cas de discrimination illicite. Le problème en cause découle d'un refus d'examiner une candidature à un poste de policier municipal, en raison d'un handicap auditif. Pour les motifs que j'expose ici, le pourvoi devrait être accueilli en partie afin d'ordonner à l'intimée de réexaminer la candidature du plaignant, dans le cadre de la procédure de recrutement qu'elle applique maintenant, malgré la présence d'un handicap.

II. Origin of the Case

On February 3, 1992, the Communauté urbaine de Montréal (the “CUM”), now the City of Montréal, which succeeded to the CUM’s rights following the municipal mergers on Montréal Island, hired Mr. Jean-Marc Larocque as a municipal police officer. On February 12, 1993, Mr. Larocque resigned for personal reasons. A few months later, on May 3, 1993, he asked to be reinstated. The CUM replied that he could not be reinstated without once again going through the usual application and selection process. Mr. Larocque therefore submitted another application for the CUM’s consideration.

Pursuant to the regulatory powers given to it by its enabling Act, the *Act respecting the Communauté urbaine de Montréal*, R.S.Q., c. C-37.2, the CUM had adopted the hearing acuity standards contained in the *By-law respecting standards of the Sûreté du Québec and municipal police forces for the hiring of constables and cadets*, R.R.Q. 1981, c. P-13, r. 14, as part of its minimum hiring requirements. That by-law would have applied if there had been no relevant municipal regulations. Under s. 6 of the by-law, candidates were exempted from these standards if they had worked as police officers within the last two years. The CUM’s standards, however, did not provide for such an exemption.

As part of the application process, Mr. Larocque underwent a medical examination. The results of that examination showed that he did not meet the minimum standard for hearing acuity. Consequently, pursuant to its authority under the *Act respecting the Communauté urbaine de Montréal*, the CUM’s executive committee rejected his application. On November 8, 1994, Mr. Larocque was informed that his application had been turned down because his medical examination had shown evidence of hearing loss. It is agreed by all that this hearing loss does not constitute a functional impairment and would not prevent him from carrying out his duties as a municipal police officer. Nevertheless, the standard was applied to the letter.

II. L’origine du litige

Le 3 février 1992, la Communauté urbaine de Montréal (la « Communauté ») — aux droits de laquelle se trouve maintenant la Ville de Montréal à la suite des fusions municipales réalisées sur l’île de Montréal — engage M. Jean-Marc Larocque comme policier municipal. Le 12 février 1993, ce dernier démissionne pour des raisons personnelles. Quelques mois plus tard, le 3 mai 1993, il demande toutefois sa réintégration. La Communauté lui répond qu’elle ne peut le réintégrer sans qu’il se soumette à nouveau à la procédure habituelle de candidature et de sélection. Monsieur Larocque dépose donc à nouveau sa candidature, que la Communauté examine.

En vertu des pouvoirs réglementaires que lui confère sa loi constitutive, la *Loi sur la Communauté urbaine de Montréal*, L.R.Q., ch. C-37.2, la Communauté a alors adopté, comme exigences minimales de recrutement, les normes d’acuité auditive prévues par le *Règlement sur les normes d’embauche des agents et cadets de la Sûreté du Québec et des corps de police municipaux*, R.R.Q. 1981, ch. P-13, r. 14. Ce règlement serait applicable en l’absence de réglementation municipale pertinente. Son article 6 accorde une exemption à un candidat qui a été policier au cours des deux années précédentes. Les normes municipales ne reprennent toutefois pas cette exemption.

Au cours de l’étude de sa nouvelle candidature, M. Larocque passe un examen médical. Il découvre qu’il ne satisfait pas à la norme minimale d’acuité auditive. En conséquence, en application des pouvoirs que lui confère alors la *Loi sur la Communauté urbaine de Montréal*, le comité exécutif de la Communauté rejette sa candidature. Le 8 novembre 1994, M. Larocque est informé que sa candidature est écartée en raison de la perte d’acuité auditive détectée au cours de son examen médical. Nul ne conteste aujourd’hui que cette perte n’entraîne aucune incapacité fonctionnelle et ne l’empêcherait pas de remplir les fonctions d’un policier municipal, mais la norme lui est appliquée mécaniquement.

2

3

4

5 On December 5, 1994, Mr. Larocque filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (the "Commission"), alleging that the CUM's refusal to hire him constituted discrimination on the basis of a hearing disability, in violation of ss. 10 and 16 of the *Quebec Charter*. After investigating the complaint, the Commission proposed a measure of redress in favour of Mr. Larocque. As this proposal was not acted on, the Commission filed an application to institute proceedings with the Tribunal, giving rise to the dispute now before this Court.

III. Relevant Statutory Provisions

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

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

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

13. No one may in a juridical act stipulate a clause involving discrimination.

Such a clause is deemed without effect.

16. No one may practise discrimination in respect of the hiring, apprenticeship, duration of the probationary period, vocational training, promotion, transfer, displacement, laying-off, suspension, dismissal or conditions of employment of a person or in the establishment of categories or classes of employment.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far

Le 5 décembre 1994, M. Larocque dépose une plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (la « Commission »). Il allègue qu'il a été victime d'un refus d'embauche discriminatoire, fondé sur son handicap auditif, en violation des art. 10 et 16 de la *Charte québécoise*. Après enquête, la Commission propose une mesure de redressement en faveur de M. Larocque. Comme aucune suite n'est donnée à cette proposition, la Commission saisit le Tribunal d'une demande introductive d'instance, qui donne naissance au litige dont notre Cour est maintenant saisie.

III. Dispositions législatives pertinentes

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

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

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

13. Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination.

Une telle clause est réputée sans effet.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans

as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

80. Where the parties will not agree to negotiation of a settlement or to arbitration of the dispute or where the proposal of the commission has not been implemented to its satisfaction within the allotted time, the commission may apply to a tribunal to obtain, where consistent with the public interest, any appropriate measure against the person at fault or to demand, in favour of the victim, any measure of redress it considers appropriate at that time.

111. The Tribunal is competent to hear and dispose of any application submitted under section 80, 81 or 82, in particular in matters of employment or housing or in connection with goods and services generally available to the public, and any application submitted under section 88, 90 or 91 in respect of an affirmative action program.

Only the commission may initially submit an application to the Tribunal to pursue any of the remedies provided for in any of the said sections, subject to the substitution provided for in section 84 in favour of a complainant and to the pursuit of the remedy provided for in section 91 by a person on whom the Tribunal has previously imposed an affirmative action program.

An Act respecting the Communauté urbaine de Montréal, R.S.Q., c. C-37.2

77. The Community shall alone be responsible for the damages and suits which may arise from the putting into force of any by-law or part of a by-law the quashing of which has been so obtained.

80. Any *procès-verbal*, resolution or other order of the Community may be set aside, by reason of illegality, in the same manner, within the same time and with the same effect as a by-law of the Council. They shall be subject to the provisions of section 65.

IV. Judicial History

A. *Tribunal des droits de la personne*, [2000] J.T.D.P.Q. No. 17 (QL) (Judge Simon Brossard, President, Messrs. Hyppolite and Schabas, Assessors)

Following fairly complicated proceedings before the Tribunal marked by various events and amendments to the initial application, Judge Brossard handed down a decision allowing the Commission's

la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

80. Lorsque les parties refusent la négociation d'un règlement ou l'arbitrage du différend, ou lorsque la proposition de la Commission n'a pas été, à sa satisfaction, mise en œuvre dans le délai imparti, la Commission peut s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate.

111. Le Tribunal a compétence pour entendre et disposer de toute demande portée en vertu de l'un des articles 80, 81 et 82 et ayant trait, notamment, à l'emploi, au logement, aux biens et services ordinairement offerts au public, ou en vertu de l'un des articles 88, 90 et 91 relativement à un programme d'accès à l'égalité.

Seule la Commission peut initialement saisir le Tribunal de l'un ou l'autre des recours prévus à ces articles, sous réserve de la substitution prévue à l'article 84 en faveur d'un plaignant et de l'exercice du recours prévu à l'article 91 par la personne à qui le Tribunal a déjà imposé un programme d'accès à l'égalité.

Loi sur la Communauté urbaine de Montréal, L.R.Q., ch. C-37.2

77. La Communauté est seule responsable des dommages et des actions provenant de la mise en vigueur d'un règlement ou de partie d'un règlement dont la cassation a été ainsi obtenue.

80. Les procès-verbaux, résolutions et autres ordonnances de la Communauté peuvent être cassés, pour cause d'illégalité, de la même manière, dans le même délai et avec les mêmes effets qu'un règlement du Conseil. Ils sont soumis à l'application de l'article 65.

IV. Historique judiciaire

A. *Tribunal des droits de la personne*, [2000] J.T.D.P.Q. n° 17 (QL) (le juge Simon Brossard, président, MM. Hyppolite et Schabas, assesseurs)

Après un parcours procédural assez compliqué, marqué d'incidents divers et de modifications à la demande initiale, un jugement du Tribunal, rédigé par le juge Brossard, accueille la réclamation de la

claim. In Judge Brossard's opinion, the CUM had excluded Mr. Larocque from the hiring process because of a distinction based on an assessment of his hearing and on the perception of a handicap. As the evidence showed that Mr. Larocque did not have a true functional impairment, his exclusion from the hiring process was the result of an arbitrary application of a non-individualized standard and therefore constituted an unlawful act of discrimination.

8 The judge then considered what remedies would be appropriate in this case. In his opinion, s. 52 of the *Quebec Charter* authorized the Tribunal to declare the regulatory standard adopted by the CUM inoperable in relation to the complainant. In his opinion, the Tribunal could also direct the CUM to reconsider Mr. Larocque's application in accordance with the hiring process as it was at the time he applied. If his application were accepted, the Tribunal would order the CUM to offer him a position as a police officer [TRANSLATION] "with all of the benefits to which he would have been entitled had he been hired further to the hiring process from which he had been excluded" (para. 69). Earlier in his decision, however, Judge Brossard had concluded that he could not find the CUM liable for damages resulting from the application of its legislative and regulatory powers. Unhappy with this result, the CUM sought and obtained leave to appeal to the Quebec Court of Appeal.

B. *Quebec Court of Appeal*, [2002] Q.J. No. 367 (QL) (Deschamps, Delisle and Nuss JJ.A.)

9 The appeal was successful for the most part. The court limited the remedy to a mere declaration of the standard's inoperability in relation to the complainant. According to the court's reasons for judgment, as a general rule, in cases where a legislative or regulatory provision is found to be inoperable or invalid, the Tribunal cannot award damages as a remedy pursuant to s. 49 of the *Quebec Charter*. Moreover, a declaration made pursuant to s. 52 cannot have a retroactive effect. In this regard, the decision to place Mr. Larocque back in the hiring process retroactively to 1994 was illegal and an attempt to circumvent an otherwise valid regulation, possibly to

Commission. À son avis, la Communauté a exclu M. Larocque du processus d'embauche en raison d'une distinction fondée sur l'évaluation de ses capacités auditives et la perception de l'existence d'un handicap. Comme la preuve démontre que M. Larocque n'est atteint d'aucune véritable incapacité fonctionnelle, son exclusion de la procédure d'engagement résulte de l'application arbitraire d'une norme non individualisée et constitue ainsi une mesure discriminatoire illicite.

Le juge examine alors les mesures de réparation appropriées. À son avis, l'art. 52 de la *Charte québécoise* autorise le Tribunal à déclarer la norme réglementaire adoptée par la Communauté inopposable au plaignant. Selon son opinion, le Tribunal peut aussi prescrire à la municipalité de réintégrer M. Larocque dans le processus d'embauche, tel qu'il existait lors de la présentation de sa candidature. Si sa candidature est couronnée de succès, le Tribunal ordonne de lui offrir un poste de policier « avec tous les avantages qu'il aurait eus s'il avait été embauché lors du processus d'embauche dont il a été évincé » (par. 69). Auparavant, toutefois, le juge Brossard conclut qu'il ne peut condamner la Communauté à des dommages-intérêts pour un acte résultant de l'application de ses pouvoirs législatifs et réglementaires. Insatisfaite de ce résultat, la Communauté obtient alors une autorisation de pourvoi devant la Cour d'appel du Québec.

B. *Cour d'appel du Québec*, [2002] J.Q. no 367 (QL) (les juges Deschamps, Delisle et Nuss)

Cet appel réussit en grande partie. La cour restreint la réparation à la seule déclaration d'inopposabilité de la norme au plaignant. D'après ses motifs, en règle générale, en cas de nullité ou d'inopposabilité d'une disposition législative ou réglementaire, le Tribunal ne peut accorder une réparation de la nature de dommages-intérêts en vertu de l'art. 49 de la *Charte québécoise*. Par ailleurs, une déclaration en vertu de l'art. 52 ne peut avoir de portée rétroactive. À ce titre, la conclusion de replacer M. Larocque dans le processus d'embauche rétroactivement à 1994 était illégale et visait à contourner un règlement qui restait par ailleurs valide,

the detriment of third parties. That decision is the subject of the appeal now before this Court.

V. Analysis

A. *Issues*

Over the nearly 10 years since this case began, the course of proceedings has recast the nature of the issues still in dispute between the parties. The dispute is now limited to the issue of the nature of the remedy that the Tribunal could grant in the circumstances of this case. As we have seen, this case involves the application of the *Quebec Charter* to a case of discrimination and refusal to make reasonable accommodation. First of all, the CUM has a duty of reasonable accommodation even though the discriminatory rule originates from an Act or regulation. Second, all proceedings with a view to invalidating the provincial or municipal hiring regulations were either abandoned or rejected when the case was first brought before the Tribunal and are no longer part of the record submitted to this Court. All that remains at issue is the application to have the hearing standards declared inoperative in relation to Mr. Larocque and the form of the remedy to be applied. For this reason, much of the previous debate between the parties and interveners about the scope of the Tribunal's jurisdiction is now irrelevant.

Since proceedings began in this case, the case law respecting discrimination and the duty of reasonable accommodation has clarified the nature of and the methods for implementing that duty, abandoning the old distinctions drawn between direct and indirect discrimination: *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3. The notion of the subjective perception of a handicap was accepted in a case relating to the application of the *Quebec Charter*: *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27. Nevertheless, the protection against

possiblement au détriment de tiers. Cet arrêt forme maintenant l'objet de l'appel autorisé par notre Cour.

V. Analyse

A. *Les questions en litige*

Le déroulement des procédures au cours de cette affaire qui dure depuis maintenant près de 10 ans a délimité la nature des questions qui demeurent en litige entre les parties. Le débat se restreint désormais à la question de la nature de la réparation que le Tribunal pouvait accorder dans les circonstances de cette affaire. Il s'agissait, comme on l'a vu, d'une affaire de discrimination et de refus d'accommodement raisonnable à laquelle s'applique la *Charte québécoise*. Tout d'abord, une obligation d'accommodement raisonnable s'applique à la municipalité, bien que la source de la règle discriminatoire se trouve dans une loi ou dans un règlement. Ensuite, toutes les procédures d'annulation des règlements provinciaux ou municipaux en matière d'embauche ont été abandonnées ou rejetées en cours d'instance devant le Tribunal et ne faisaient plus partie du dossier présenté devant notre Cour. Ne subsiste que la demande de déclaration d'inopposabilité de la norme auditive à M. Larocque et les formes de réparation qui peuvent se rattacher à celle-ci, ce qui rend inutile une grande partie des discussions antérieures entre les parties et les intervenants sur l'étendue de la compétence du Tribunal.

Par ailleurs, depuis le début des procédures dans ce dossier, la jurisprudence relative à la discrimination et à l'aménagement de l'obligation d'accommodement raisonnable a précisé la nature et les méthodes de mise en œuvre de celle-ci, en abandonnant notamment les distinctions faites auparavant entre discrimination directe et indirecte : *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3. On a aussi accepté la notion de handicap subjectif dans une affaire relative à l'application de la *Charte québécoise* : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S.

10

11

discrimination, the duty to accommodate and the concept of handicap are not the creation of these cases. Rather, these developments in the case law served to shape the manner in which these concepts are defined and applied.

- 12 In light of the circumstances, it must be accepted that, for the purposes of this appeal, Mr. Larocque was the victim of unlawful discrimination because of a handicap when he was excluded from the police officer hiring process in 1994. The procedural framework of the complaint as it is currently defined by the decisions and actions of the appellant focuses the debate on the individual relationship between Mr. Larocque and the respondent. The Tribunal's exercise of its remedial power and the identification of appropriate measures of redress remain a function of this context.

B. *Legal Framework of Remedies Under the Quebec Charter*

- 13 Violations of the *Quebec Charter* give rise to a complex set of remedies. Strictly speaking, it would be more accurate to say that the *Quebec Charter* provides for a highly diverse range of regimes and procedural avenues for ensuring compliance with and enforcement of rights recognized under the *Quebec Charter*. When it created the Commission and gave it an important role in the handling of complaints concerning violations of the *Quebec Charter*, the legislature did not, however, give the Tribunal exclusive jurisdiction over all the rights protected by the *Charter*. Instead, the legislature limited the Tribunal's activities to protecting citizens against discrimination and enforcing certain aspects of equality rights, as provided under ss. 71, 86 and 88 of the *Quebec Charter*, for example. The Tribunal has a broad jurisdiction over such matters, but this jurisdiction does not extend to every aspect of the *Quebec Charter*, as a reading of ss. 111 and 111.1 indicate. Moreover, even where the Tribunal does have jurisdiction, its jurisdiction is not exclusive. Under s. 80 of the *Quebec Charter*, the Commission, like the complainants themselves, may apply to courts of law

665, 2000 CSC 27. Il demeure toutefois que ni la protection contre la discrimination, ni l'obligation d'accommodement, ni le concept de handicap ne représentent des créations de ces arrêts. Seules les modalités de leur définition et de leur application se sont précisées au cours de l'évolution de la jurisprudence.

Ainsi, en tenant compte de ces circonstances, on doit tenir pour acquis, pour trancher l'appel, que M. Larocque a été victime de discrimination illégale en raison d'un handicap, lorsqu'il a été exclu de la procédure d'embauche comme policier en 1994. Par ailleurs, le cadre procédural du recours tel qu'il se trouve maintenant défini par les décisions et les actes accomplis par l'appelante situe le débat à l'intérieur de la relation individuelle entre M. Larocque et l'intimée. L'exercice du pouvoir de réparation et l'identification des mesures de redressement appropriées demeurent ainsi fonction de ce contexte.

B. *Le régime juridique des réparations en vertu de la Charte québécoise*

Les violations de la *Charte québécoise* donnent ouverture à un régime complexe de réparations. À vrai dire, il serait plus exact d'affirmer que la *Charte québécoise* prévoit des régimes et des voies procédurales fort divers pour assurer le respect et la mise en œuvre des droits qu'elle reconnaît. En effet, tout en créant la Commission et en lui conférant un rôle important dans l'administration de plaintes pour violation de la *Charte québécoise*, le législateur n'a pas attribué au Tribunal une compétence exclusive sur l'ensemble des droits qu'elle protège. Il a plutôt circonscrit son activité au domaine de la protection contre la discrimination et à la mise en œuvre de certains aspects des droits à l'égalité, comme le prévoient notamment les art. 71, 86 et 88 de la *Charte québécoise*. Le Tribunal possède une compétence importante en ces matières, mais non à l'égard de l'ensemble de la *Charte québécoise*, suivant ses art. 111 et 111.1. De plus, cette compétence ne possède aucun caractère exclusif, même dans ces matières. La Commission, comme les plaignants eux-mêmes, peut, en effet, s'adresser aux tribunaux de droit commun dans ces domaines, comme le prévoit l'art. 80 de la *Charte québécoise*. Les victimes

to seek redress in such matters. Individuals whose fundamental rights have been violated retain the right to bypass the Commission's administrative process and assert their rights before a court of competent jurisdiction, although they do so at their own risk and expense. I shall refrain from commenting on the specific problems surrounding the respective jurisdictions of the Tribunal and other specialized administrative adjudicators, such as grievance arbitrators in matters of labour law, as these issues have already been the subject of extensive debate in Quebec for many years and, most recently, before this Court.

Various remedies are available to claimants and tribunals of competent jurisdiction. Section 49 entitles victims to obtain the cessation of interference with their rights and to damages. Section 52 provides that the *Quebec Charter* prevails over all Quebec legislation, unless an Act expressly provides otherwise. Special recourse in the form of affirmative action programs is provided for under s. 88. A general principle governing the exercise of these avenues of recourse is outlined in s. 80: the Commission may seek any appropriate measure “*compte tenu de l'intérêt public*” or, as the English version of the Act puts it more clearly, “where consistent with the public interest”.

Section 52 unquestionably gives the *Quebec Charter* a preeminent, quasi-constitutional stature in relation to other Quebec legislation. We should nevertheless bear in mind that the appropriate remedy for a violation cannot be chosen without taking into account the constitutional framework and principles governing the organization and practices of Canada's public institutions so that the relationships between the various components of the legal hierarchy applicable to the situation under Quebec law are articulated appropriately. In this regard, a review of a number of this Court's observations concerning the relationship between fundamental rights and the overall makeup of Canada's constitutional framework is in order. These observations are particularly relevant to the discharge of the legislative function, even when that function is delegated, as in the case at bar.

d'atteintes aux droits fondamentaux conservent d'ailleurs la faculté d'ignorer le processus administratif de la Commission et de faire valoir leurs droits devant les tribunaux compétents, à leurs risques, périls et frais. Je m'abstiendrai toutefois de commenter les difficultés propres à l'aménagement des compétences respectives du Tribunal et de jurisdictions spécialisées, comme les arbitres de grief en droit du travail, qui ont fait l'objet de nombreux débats au Québec depuis plusieurs années, dont certains ont été portés récemment devant notre Cour.

14

Des mesures de réparation variées s'offrent aux réclamants et aux tribunaux compétents. L'article 49 consacre le droit de mettre fin à l'atteinte et de réclamer des dommages-intérêts. L'article 52 dispose que la *Charte québécoise* prévaut sur l'ensemble de la législation québécoise, sauf dérogation expresse. Des recours spéciaux sont établis pour les programmes d'accès à l'égalité, selon l'art. 88. Un principe général régit l'exercice de ces recours, la recherche de la mesure appropriée, suivant l'art. 80, «compte tenu de l'intérêt public» ou dans la version anglaise de ce texte législatif, sans doute plus claire, «*where consistent with the public interest*».

15

L'article 52 confère indéniablement un statut prééminent, voire quasi constitutionnel, à la *Charte québécoise*. Il convient toutefois de se rappeler que le choix de la mesure de réparation appropriée, lorsqu'elle est violée, ne saurait être déterminé sans égard à l'ensemble de la structure et des principes constitutionnels qui aménagent l'organisation et le fonctionnement des institutions publiques au Canada, afin que les rapports entre les diverses composantes de l'ordre juridique applicable à la situation en droit québécois soient articulés de manière appropriée. À cet égard, il demeure utile de rappeler quelques observations de notre Cour sur les rapports entre les droits fondamentaux et l'ensemble du régime constitutionnel établi au Canada. Ces remarques conservent une pertinence particulière quant à l'exercice de la fonction législative, même lorsqu'elle est déléguée, comme dans la présente cause.

16 When confronted with the problems of reconciling the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and provisions of the *Constitution Act, 1867*, this Court stressed that the Constitution of Canada forms a single entity and must be read as a whole. The *Canadian Charter* does not repeal the *Constitution Act, 1867* or the constitutional compromises it reflects, as Iacobucci J. explained in connection with the funding of religious schools in *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, at paras. 46-47; see also: *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1198, *per* Wilson J. This Court took its examination of the nature and subject matter of Canada's constitutional framework further in its opinion on the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 50 to 53 and 64 to 66, stressing the diversity and complexity of the rules making up the Constitution of Canada. The Constitution includes written rules, of course, but at the same time we cannot ignore the unwritten principles inherent in the democratic and parliamentary form of Canadian government and its origins, principles which govern the exercise of an independent legislative power.

17 The nature of Canada's constitutional regime must be taken into consideration when establishing the hierarchy of rules governing the actions of legislatures and public entities, such as municipalities, to which legislative powers have been validly delegated. The ultimate source of traditional immunities with respect to the consequences of the invalidity of legislative action is this constitutional regime, a regime in which legislative power is necessarily exercised within the confines of the law, but independently, free of interference from the civil liability rules of the *jus commune*. The *Quebec Charter*, a statute with quasi-constitutional standing in matters within the Quebec legislature's jurisdiction, is enforced within this legal framework and is still based on the fundamental organizing principles for public powers inspired by this framework.

Devant des problèmes de coordination de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des dispositions contenues dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, notre Cour a souligné que la Constitution du Canada forme un tout et doit être lue comme un ensemble. La *Charte canadienne* n'abroge pas les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ni les compromis constitutionnels qu'elle reflète, comme l'exposait le juge Iacobucci, au sujet du financement de l'enseignement confessionnel, dans l'arrêt *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, par. 46-47; voir aussi : *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, p. 1198, la juge Wilson. Poussant plus loin son étude de la nature et du contenu de l'ordre constitutionnel canadien dans son avis sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 50-53 et 64-66, notre Cour a rappelé la diversité et la complexité des règles qui forment la Constitution du Canada. Celle-ci comporte certes des règles écrites. L'on ne saurait cependant faire abstraction des principes non écrits inhérents à la forme démocratique et parlementaire de l'État canadien et aux origines de celui-ci, qui gouvernent notamment l'exercice d'un pouvoir législatif indépendant.

La nature du régime constitutionnel canadien doit être prise en considération lorsqu'il s'agit d'établir la hiérarchie des normes gouvernant l'action des législatures et celle des corps publics, comme les municipalités, auxquels sont validement délégués des pouvoirs législatifs. La présence des immunités traditionnelles à l'égard des conséquences de la nullité d'actes de nature législative trouve sans doute son fondement ultime dans l'existence d'un tel régime constitutionnel, où le pouvoir législatif doit s'exercer dans le cadre de la loi, mais indépendamment, sans interférence des règles de responsabilité civile de droit commun. L'application de la *Charte québécoise*, instrument de nature quasi constitutionnelle dans les matières relevant de la compétence législative du Québec, se situe dans ce cadre juridique et repose toujours sur les principes fondamentaux d'organisation des pouvoirs publics qui s'en inspirent.

In the case at bar, as I have already mentioned, the dispute arose out of the adoption and application of a regulatory standard authorized by provincial legislation. It stems from the regulatory activities of the CUM authorized under s. 178.1 of its enabling Act.

In such cases, well-established principles of public law rule out the possibility of awarding damages when legislation is declared unconstitutional, be it on the grounds of a violation of the separation of legislative powers within the Canadian federation or of non-compliance with the *Canadian Charter*. The case law of this Court has been consistent in this regard. The Court's position was recently outlined in the comments of Gonthier J. in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at paras. 78-79:

According to a general rule of public law, absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional (*Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42). . . .

In our parliamentary system of government, Parliament or a legislature of a province cannot be held liable for anything it does in exercising its legislative powers. The law is the source of duty, as much for citizens as for the Administration, and while a wrong and damaging failure to respect the law may for anyone raise a liability, it is hard to imagine that either Parliament or a legislature can as the lawmaker be held accountable for harm caused to an individual following the enactment of legislation. (Footnotes omitted.)

... The limited immunity given to government is specifically a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government. In other words, this doctrine makes it possible to determine whether a remedy is appropriate and just in the circumstances. Consequently, the reasons that inform the general principle of public law are also relevant in a *Charter* context. Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the "established and

18

Dans la présente cause, comme je le mentionnais plus haut, le conflit trouve son origine dans l'adoption et la mise en application d'une norme réglementaire autorisée par la législation provinciale. Il provient de l'activité réglementaire de la Communauté autorisée par l'art. 178.1 de sa loi constitutive.

19

En pareil cas, des principes bien établis de droit public excluent la possibilité de recours en dommages-intérêts lorsque des lois sont déclarées constitutionnellement invalides, que ce soit pour des violations des règles relatives au partage des pouvoirs législatifs à l'intérieur de la fédération canadienne ou pour leur non-conformité à la *Charte canadienne*. Dans ce domaine, la jurisprudence de notre Cour a été constante. Sa position a été récemment exposée dans les commentaires du juge Gonthier dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 78-79 :

Selon un principe général de droit public, en l'absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir, les tribunaux n'accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d'une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle (*Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42). . . .

Dans notre régime parlementaire, il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civillement en raison de l'exercice de son pouvoir législatif. La loi est la source des devoirs, tant des citoyens que de l'Administration, et son inobservation, si elle est fautive et préjudiciable, peut pour quiconque faire naître une responsabilité. Il est difficilement imaginable cependant que le législateur en tant que tel soit tenu responsable du préjudice causé à quelqu'un par suite de l'adoption d'une loi. (Notes infrapaginaires omises.)

... Or, l'immunité restreinte accordée à l'État constitue justement un moyen d'établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d'avoir un gouvernement efficace. Autrement dit, cette doctrine permet de déterminer si une réparation est convenable et juste dans les circonstances. Par conséquent les raisons qui sous-tendent le principe général de droit public sont également pertinentes dans le contexte de la *Charte*. Ainsi, l'État et ses représentants sont tenus d'exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter

"indisputable" laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded (*Crown Trust Co. v. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (Ont. Div. Ct.)). [Emphasis added.]

(See also: *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347.)

20 In Quebec law, in matters within the jurisdiction of the National Assembly, the *Quebec Charter* has been elevated to the rank of a source of fundamental law. The interpretation of legislation must draw on its principles. The preliminary provision of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, states that the *Code*, as the *jus commune* of Quebec, must be interpreted in harmony with the *Quebec Charter*. Article 1376 C.C.Q. further stipulates that the provisions set out in the Book "Obligations" govern the State's civil liability (see: *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85, at paras. 27-31).

21 The appellant still asserts the right to a remedy in the form of damages or its equivalent for complainants in Mr. Larocque's position. The appellant's argument is based on the belief that the enactment of the *Quebec Charter* fundamentally altered the traditional rules described above, rules that circumscribed the State's liability for the discharge of its legislative function. The appellant argues that these rules no longer apply with the introduction of s. 49, since this provision authorizes awards for damages to remedy any unlawful act. A breach of the *Quebec Charter* constitutes such an unlawful act and is equivalent to a fault, as defined in the law of civil liability. On this point, the appellant draws our attention to the comments of Gonthier J. in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, in which

les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s'ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l'état du droit, et qu'après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n'est pas engagée. Autrement, l'effectivité et l'efficacité de l'action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et effet tant qu'elles ne sont pas invalidées. Ce n'est donc qu'en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés (*Crown Trust Co. c. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (C. div. Ont.)). [Je souligne.]

(Voir aussi : *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347.)

Dans le droit du Québec, dans les matières relevant de la compétence de l'Assemblée nationale, la *Charte québécoise* se trouve élevée au rang de source de droit fondamental. L'interprétation de la législation doit s'inspirer de ses principes. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, souligne d'ailleurs que ce dernier, à titre de droit commun du Québec, doit s'interpréter en harmonie avec elle. Enfin, l'art. 1376 C.c.Q. précise que les dispositions du livre « Des Obligations » régissent la responsabilité civile de l'État (voir : *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85, par. 27-31).

L'appelante défend toujours son droit d'obtenir une réparation sous forme de dommages-intérêts ou équivalente pour des plaignants placés dans la situation de M. Larocque. La position de l'appelante repose sur la perception que la mise en vigueur de la *Charte québécoise* a modifié fondamentalement les règles traditionnelles décrites plus haut, qui encadraient la responsabilité de l'État à l'égard de l'exercice de la fonction législative. Celles-ci ne trouveraient plus à s'appliquer dans la mise en œuvre de son art. 49 puisque cette disposition permettrait de demander des dommages-intérêts en réparation de tout acte illicite. Une violation de la *Charte québécoise* représenterait un acte illicite. Celui-ci s'assimilerait toujours à une faute au sens du droit de la responsabilité civile. À ce propos, on souligne les commentaires du juge Gonthier dans l'arrêt

he associates violations of the *Quebec Charter* with the standard of wrongful conduct as defined in the law of civil liability: “It is . . . clear that the violation of a right protected by the *Charter* is equivalent to a civil fault” (para. 120).

This Court has nevertheless adopted a more nuanced approach with respect to the relationship between the law of civil liability and public law. The Court recognizes that general principles of public law may fully impede the application of the *jus commune*’s civil liability regime or partially modify the rules for its application (*Prud’homme, supra*, at para. 31). In the case at bar, the rules governing the immunities attached to legislative and regulatory action are at odds with another principle, one that asserts that where a legislative or regulatory standard is incompatible with the *Quebec Charter*, the application of that standard constitutes a fault and may engage the liability of a public entity or its officials. The immunity rule excludes such an act from being considered a “fault”, to use the civil law term, or “negligent”, within the common law meaning.

Recourse to the civil liability regime to punish violations of the *Quebec Charter* does not oust those fundamental rules which serve to safeguard the free and effective discharge of the legislative function, subject to mechanisms currently in place for reviewing constitutionality. In this respect, immunity implies a necessary distinction between a fault or negligent act and one that is unlawful or invalid because it fails to comply with fundamental, constitutional or quasi-constitutional standards. By analogy, in the law of Crown liability, if upon judicial review an administrative decision is found to be unlawful, it does not necessarily follow that there is a fault giving rise to recourse in civil liability (R. A. Macdonald, “Jurisdiction, Illegality and Fault: An Unholy Trinity” (1985), 16 *R.G.D.* 69; *Québec (Procureur général) v. Denis Lebel Inc.*, [1996] *R.J.Q.* 1821, at pp. 1836-37). In this context, the Court of Appeal correctly rejected the

Bélieau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 R.C.S. 345, sur l’assimilation des violations de la *Charte québécoise* à une norme de comportement fautif au sens du droit de la responsabilité civile : « . . . il est manifeste que la violation d’un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile . . . » (par. 120).

Notre Cour a adopté toutefois une position nuancée quant aux rapports entre le droit de la responsabilité civile et le droit public. Elle reconnaît que des principes généraux de droit public peuvent faire obstacle totalement à l’application du régime de droit commun en responsabilité civile ou en modifier partiellement les règles de fonctionnement (*Prud’homme*, précité, par. 31). Dans le présent cas, les règles gouvernant les immunités rattachées à l’action législative ou réglementaire font obstacle à la reconnaissance d’un principe voulant que l’incompatibilité d’une norme législative ou réglementaire avec la *Charte québécoise* permette de considérer les actes accomplis en application de cette norme comme fautifs et susceptibles d’entraîner la responsabilité d’une administration publique ou de ses fonctionnaires. La règle d’immunité interdit de les considérer comme des actes fautifs dans le vocabulaire du droit civil ou des « actes de négligence » au sens de la common law.

Le recours au régime de responsabilité civile pour sanctionner les violations de la *Charte québécoise* ne saurait faire abstraction de ces règles de base, qui visent à sauvegarder l’exercice libre et efficace de la fonction législative, en présence des formes actuelles de contrôle de constitutionnalité. À cet égard, le principe d’immunité implique une distinction nécessaire entre l’acte fautif ou « l’acte de négligence » et l’acte illégal ou invalide, en raison de sa non-conformité aux normes fondamentales, constitutionnelles ou quasi constitutionnelles. On remarquera d’ailleurs que, de manière analogue, en droit de la responsabilité de l’administration publique, le constat de l’illégalité d’une décision administrative, à la suite de l’exercice du pouvoir de contrôle judiciaire, n’équivaut pas nécessairement à celui de l’existence d’une faute donnant ouverture à un recours en responsabilité civile (R. A. Macdonald, « Jurisdiction, Illegality and Fault : An

appellant's arguments to the effect that a remedy in the form of damages should be awarded, either directly or through a retroactive award compelling the payment of back salary and benefits. Moreover, as the Court of Appeal concluded, ss. 77 and 80 of the *Act respecting the Communauté urbaine de Montréal* do not impose a general civil liability on the CUM in such cases. Rather, these provisions stipulate that when a municipal by-law is challenged and quashed, the municipality's elected officials and employees cannot be held personally liable. The municipality alone assumes responsibility.

C. Appropriate Remedies in the Circumstances Surrounding the Appeal

24 In addition to the issue of the availability of an award for damages in some form or other, the Tribunal's order would, if carried out, raise a number of uncertainties and difficulties warranting the Court of Appeal's intervention. The order is conditional in nature, and would have the complainant participate once again in a hiring process that has since changed. There is also the question of the monetary obligations it imposes, obligations that could be difficult to quantify. The order might also affect the rights of third parties who participated in that hiring process. Even in a best case scenario, carrying out this order might still have raised further legal disputes. It is difficult to see this order as an appropriate remedy consistent with the public interest within the meaning of s. 80 of the *Quebec Charter*.

25 However, the Court of Appeal should not have settled on a purely declaratory remedy either. The Court ruled that no [TRANSLATION] "order compelling the cessation of the infringement can be made, since there is no fault . . ." (para. 19). With respect, this position ignores the diversity and flexibility of remedies for enforcing fundamental rights. The restoration of these rights must not be reduced to

Unholy Trinity » (1985), 16 R.G.D. 69; *Québec (Procureur général) c. Deniso Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821, p. 1836-1837). Dans ce contexte, la Cour d'appel a rejeté à bon droit les conclusions de l'appelante qui demandaient une réparation sous forme de dommages-intérêts directement ou par l'intermédiaire d'une condamnation rétroactive au paiement de salaires et d'avantages sociaux. Par ailleurs, comme l'a conclu la Cour d'appel, les art. 77 et 80 de la *Loi sur la Communauté urbaine de Montréal* n'imposaient pas une responsabilité civile générale à la Communauté en pareil cas. Ces dispositions prévoyaient plutôt qu'en cas d'exercice d'un recours en cassation contre un règlement municipal et d'annulation de celui-ci, les élus et fonctionnaires municipaux n'encourraient aucune responsabilité personnelle, celle-ci ne pesant, le cas échéant, que sur l'organisme municipal.

C. Les réparations appropriées dans les circonstances du pourvoi

En plus de ce problème de recevabilité de conclusions en dommages-intérêts sous une forme ou une autre, l'ordonnance du Tribunal comportait des incertitudes et des difficultés d'exécution qui justifiaient aussi l'intervention de la Cour d'appel. Conçue sur le mode conditionnel, elle renvoyait le plaignant dans un système de recrutement que l'on savait modifié. Elle imposait potentiellement des obligations pécuniaires difficilement mesurables. Elle était susceptible d'affecter les droits de tiers qui auraient été visés par la procédure de recrutement. Au mieux, son exécution aurait pu exiger d'autres débats judiciaires. On concevrait difficilement qu'il s'agisse d'une réparation appropriée, tenant compte de l'intérêt public, au sens de l'art. 80 de la *Charte québécoise*.

Cependant, la Cour d'appel n'aurait pas dû s'arrêter à un redressement purement déclaratoire. Elle a jugé qu'aucune « ordonnance de faire cesser l'atteinte ne peut être prononcée parce qu'aucun acte fautif n'a été commis . . . » (par. 19). Avec égards, cette position oublie la diversité et la flexibilité des réparations possibles dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. L'aménagement de ceux-ci

a choice between applying the general civil liability regime or rendering declaratory judgments that recognize the right but give it no practical effect. This approach is perhaps indicative of an undue focus upon a single, albeit important, question in the analysis of the issue of remedies under the *Quebec Charter*, that is, the issue of the question of the relationship between the law of civil liability in the *jus commune* and the fundamental freedoms guaranteed under the *Quebec Charter*.

Despite occasional disagreements over the appropriate means of redress, the case law of this Court, although the law is undoubtedly still in its early stages of development in this area, stresses the need for flexibility and imagination in the crafting of remedies for infringements of fundamental human rights (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 CSC 62, at paras. 24-25 and 94). We should also not lose sight of the fact that enactments such as the *Quebec Charter* occasionally require intervention that is in no way related to the law of civil liability. It is sometimes necessary to put an end to actions or change practices or procedures that are incompatible with the *Quebec Charter* even where there is no fault within the meaning of the law of civil liability. The law of civil liberties may draw upon the law of civil liability where circumstances warrant. The law of delict does not set limits on the enforcement of the law of civil liberties. Thus, in the context of seeking appropriate recourse before an administrative body or a court of competent jurisdiction, the enforcement of this law can lead to the imposition of affirmative or negative obligations designed to correct or bring an end to situations that are incompatible with the *Quebec Charter*.

In the case at bar, the recognition of the right must be accompanied by a closely linked remedy, one that would prospectively correct the discrimination to which the appellant was subjected, that is, the discrimination resulting from the application of the hiring standards adopted by the CUM. A declaration of inoperability would at the very least mean that,

ne se réduit pas à un choix entre l'application du régime général de responsabilité civile et des jugements déclaratoires qui constatent le droit, mais ne permettent pas de lui donner un effet concret. Cette approche indique peut-être que l'analyse de cette question des réparations en vertu de la *Charte québécoise* a été trop centrée sur le seul problème, si important soit-il, des rapports entre le droit commun de la responsabilité civile et les garanties des libertés fondamentales.

Malgré des désaccords ponctuels sur les modalités des réparations appropriées, même si le droit n'est sans doute qu'aux premières étapes de son développement dans ce domaine, la jurisprudence de notre Cour a insisté sur la nécessité de la flexibilité et de la créativité dans la conception des réparations à accorder pour les atteintes aux droits fondamentaux de la personne (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62, par. 24-25 et 94). Il ne faut pas non plus oublier que des régimes législatifs comme la *Charte québécoise* exigent à l'occasion des interventions qui ne relèvent nullement du droit de la responsabilité civile. Il faut parfois mettre fin à des comportements ou modifier des usages ou des méthodes incompatibles avec la *Charte québécoise*, même en l'absence de faute au sens du droit de la responsabilité civile. Le droit des libertés civiles peut recourir au droit de la responsabilité civile, dans les conditions qui s'y prêtent. Le droit de la responsabilité délictuelle ne fixe pas pour autant les limites des applications du droit des libertés civiles. Ainsi, dans le cadre de l'exercice des recours appropriés devant les organismes ou les tribunaux compétents, la mise en œuvre de ce droit peut conduire à l'imposition d'obligations de faire ou de ne pas faire, destinées à corriger ou à empêcher la perpétuation de situations incompatibles avec la *Charte québécoise*.²⁶

Dans ce cas-ci, à la déclaration du droit devrait s'ajouter une forme de réparation étroitement liée à cette dernière, qui corrigerait pour l'avenir la discrimination dont l'appelant a été victime et qui découlait de l'application des normes d'embauche adoptées par la Communauté. Une déclaration d'inopposabilité signifie à tout le moins que, pour

in future, Mr. Larocque's application would have to be considered according to the by-law respecting the hiring of police officers currently in force at the City of Montréal, but without taking into account his hearing loss. This coupling of conclusions, one following logically from the other, could have been adopted by the Tribunal. Nothing in the *Quebec Charter* would prohibit this. Given the difficulties inherent in a recourse in damages and the problems posed by the retroactive nature of the decision, this conclusion would be, in the circumstances of this case, an appropriate measure of redress within the meaning of s. 80 of the *Quebec Charter*.

28

The hearing standard under the municipal by-law having been ruled inoperable against Mr. Larocque, I would add that it cannot be argued that the provincial by-law would apply to Mr. Larocque in the absence of a municipal by-law, as the municipal by-law has not been invalidated. As we have seen, this provincial by-law includes an exemption from the hearing standard, an exemption that the complainant would have qualified for at the time he applied for the position in question. As he did not withdraw this application, he reserved the right to this exemption, a situation which the Attorney General of Quebec does not contest.

VI. Conclusion

29

For these reasons, I would allow the appeal in part, adding to the Court of Appeal's disposition an order compelling the City of Montréal to reconsider Mr. Larocque's application in accordance with the rules for hiring police officers currently in force, but without taking into account his hearing loss. Given the outcome of this appeal, the appellant shall have its costs in this Court.

Appeal allowed in part, with costs.

Solicitor for the appellant: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Solicitors for the respondent: Jalbert, Séguin, Caron, Montréal.

l'avenir, la candidature de M. Larocque doit être examinée sans tenir compte de sa perte de capacité auditive conformément, par ailleurs, au règlement d'embauche des policiers maintenant en vigueur à la Ville de Montréal. Ce type de jonction de conclusions, dont l'une constitue une conséquence logique de l'autre, aurait pu être adopté par le Tribunal. Aucune disposition de la *Charte québécoise* ne l'interdit. Compte tenu des difficultés propres au recours en dommages-intérêts et des problèmes que poserait la rétroactivité de la décision, cette conclusion constitue la réparation appropriée dans les circonstances de cette affaire, au sens de l'art. 80 de la *Charte québécoise*.

Une fois l'application de la norme auditive prévue par le règlement municipal écartée quant à M. Larocque par la déclaration d'inopposabilité, j'ajoute que l'on ne saurait ici opposer à M. Larocque la teneur du règlement provincial en prétendant qu'il s'appliquerait alors en l'absence de règlement municipal, puisqu'il n'a pas été annulé. Tel qu'on l'a vu, ce règlement provincial comportait une exemption à l'application de la norme auditive, dont le plaignant bénéficiait lors du dépôt de sa candidature. Comme il ne l'a pas retirée, il conserverait alors le bénéfice de cette exemption, ce que ne conteste d'ailleurs pas le procureur général du Québec.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, j'accueillerais en partie le pourvoi, pour ajouter au dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel une conclusion ordonnant à la Ville de Montréal de réexaminer la candidature de M. Larocque, conformément aux règles d'embauche de ses policiers municipaux maintenant en vigueur, mais sans tenir compte de sa perte de capacité auditive. Vu le résultat de cet appel, j'accorderais à l'appelante ses dépens devant notre Cour.

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens.

Procureur de l'appelante : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Jalbert, Séguin, Caron, Montréal.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervenor Tribunal des droits de la personne: François Aquin, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le Tribunal des droits de la personne : François Aquin, Montréal.



If undelivered, return to
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 5, 2004 Vol. 1

and Tables

Cited as [2004] 1 S.C.R. { i-liii
 809-979

5^e cahier, 2004 Vol. 1

et Tables

Renvoi [2004] 1 R.C.S. { i-liii
 809-979

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

Legal Counsel / Conseillers juridiques
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN

CLAIRE VALLÉE

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	xvii
Table of Cases Cited	xxv
Statutes and Regulations Cited	xliii
Authors Cited.....	xlvii
Index	965
Harper v. Canada (Attorney General)	827
Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Attribution, registration and disclosure requirements — Blackout period — Whether third party election advertising scheme and blackout on third party advertising on polling day infringe freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 323, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362.	
Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Attribution, registration and disclosure requirements — Blackout period — Whether third party election advertising scheme and blackout on third party advertising on polling day infringe right to vote — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 323, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362.	
Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Whether limits on third party election advertising expenses infringe freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 351, 356, 357(3), 359, 362.	
Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser	902
Patents — Scope and validity of patent — Patentable subject matter — Biotechnology — Genes and cells — Whether patents extent to plants — Patent claims disclosing genetically modified genes and cells which, when inserted into plants, increased tolerance to glyphosate herbicides — Whether patent valid.	

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements	xxi
Table de la jurisprudence	xxv
Lois et règlements cités.....	xlv
Doctrine citée	xlvii
Index	973
Harper c. Canada (Procureur général)	827
Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation — Période d'interdiction de publicité — Les dispositions qui régissent la publicité faite par les tiers et celles qui interdisent à ceux-ci de faire de la publicité le jour du scrutin portent-elles atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 323, 350, 351, 352 à 357, 359, 360, 362.	
Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation — Période d'interdiction de publicité — Les dispositions qui régissent la publicité faite par les tiers et celles qui interdisent à ceux-ci de faire de la publicité le jour du scrutin portent-elles atteinte au droit de vote? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 3 — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 323, 350, 351, 352 à 357, 359, 360, 362.	
Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Les dispositions régissant la publicité faite par les tiers portent-elles atteinte à la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 351, 356, 357(3), 359, 362.	
Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser	902
Brevets — Portée et validité du brevet — Objet brevetable — Biotechnologie — Gènes et cellules — Les brevets s'appliquent-ils aux plantes? — Revendications de brevet divulguant des gènes et cellules génétiquement modifiés	

CONTENTS (Concluded)

Patents — Infringement — Patent disclosing genetically modified genes and cells which, when inserted into plants, increased tolerance to glyphosate herbicides — Agricultural production of canola containing patented cell and gene without obtaining licence or permission — Whether patent infringed — Meaning of word “use” in s. 42 of Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4.

Patents — Remedy — Accounting of profits — Whether accounting of profits may be claimed in absence of evidence of profit attributable to invention.

Nutribec Ltée v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles).....824

Constitutional law — Division of powers — Federal undertaking — Works declared to be for general advantage of Canada — Flour mills — Interpretation of s. 76 of Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1985, c. C-24.

Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)....809

Barristers and solicitors — Solicitor-client privilege — In-house counsel — Legal opinions — Whether legal opinion prepared by in-house counsel for administrative board protected by solicitor-client privilege.

Administrative law — Judicial review — Solicitor-client privilege — In-house counsel — Legal opinions — Complainant seeking production of legal opinion prepared by Human Rights Commission’s in-house counsel — Whether legal opinions prepared by in-house counsel protected by solicitor-client privilege.

Administrative law — Judicial review — Procedure — Record of proceedings — Solicitor-client privilege — Decision-maker served with notice of application for judicial review of its decision must file in court for use in application record of proceedings in which decision was made — Whether expression “record of the proceedings” in s. 10 of Ontario Judicial Review Procedure Act abrogates solicitor-client privilege — Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 10.

SOMMAIRE (Fin)

qui, une fois insérés dans des plantes, en augmentent la tolérance aux herbicides à base de glyphosate — Le brevet est-il valide?

Brevets — Contrefaçon — Brevet divulguant des gènes et cellules génétiquement modifiés qui, une fois insérés dans des plantes, en augmentent la tolérance aux herbicides à base de glyphosate — Production agricole de canola contenant une cellule et un gène brevetés, sans licence ni autorisation en ce sens — Le brevet est-il contrefait? — Sens du verbe « exploiter » figurant à l’art. 42 de la Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4.

Brevets — Réparation — Remise des profits — Peut-on solliciter une remise de profits en l’absence de preuve que l’invention a permis de réaliser un profit?

Nutribec Ltée c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles).....824

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Entreprise fédérale — Ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada — Minoteries — Interprétation de l'art. 76 de la Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. 1985, ch. C-24.

Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)809

Avocats et procureurs — Privilège avocat-client — Avocat interne — Avis juridique — L’avis juridique établi par un avocat interne pour un organisme administratif est-il protégé par le privilège avocat-client?

Droit administratif — Révision judiciaire — Privilège avocat-client — Avocat interne — Avis juridique — Plaignante ayant demandé la production d’un avis juridique établi par l’avocate interne de la Commission des droits de la personne — L’avis juridique établi par un avocat interne est-il protégé par le privilège avocat-client?

Droit administratif — Révision judiciaire — Procédure — Dossier de l’instance — Privilège avocat-client — L’organe décisionnel auquel est signifié une requête en révision judiciaire de sa décision doit déposer à la cour, aux fins de la requête, le dossier de l’instance d’où émane la décision — L’expression « dossier de l’instance » employée à l’art. 10 de la Loi sur la procédure de révision judiciaire de l’Ontario a-t-elle pour effet d’écarter le privilège avocat-client? — Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 10.



2004 Volume 1

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

Legal Counsel / Conseillers juridiques
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN

CLAIRE VALLÉE

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

**JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

**JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

ERRATA

[1989] 1 S.C.R., p. 1347, line *h-3* of the English version.
Read "the question intended to be put" instead of
"the question was intended to be put".

[1989] 1 R.C.S., p. 1347, ligne *h-3* de la version anglaise.
Lire « the question intended to be put » au lieu de
« the question was intended to be put ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to May 31, 2004 – 1^{er} janvier au 31 mai 2004)

671905 Alberta Inc. v. Q'Max Solutions Inc. (F.C.), 29926, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Abattoir A. Trahan Transformation Inc. c. Fédération des producteurs de porcs du Québec (Qué.), 30114, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Abbott v. Collins (Ont.), 29895, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Abrahams v. Bank of Montreal (Ont.), 30147, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Aghabeigi v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30016, leave to appeal refused, 8.4.04, autorisation d'appel refusée.

Ambellidis c. Commission des lésions professionnelles (Qué.), 30086, leave to appeal refused, 1.4.04, autorisation d'appel refusée.

American Wollastonite Mining Corp. v. Scott (B.C.), 30132, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Anvari v. Hassen (Ont.), 30044, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. A.B. Hassle (F.C.), 29721, leave to appeal refused with costs, 25.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc. (F.C.), 29909, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc. (F.C.), 30193, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Armstrong v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30105, leave to appeal refused, 18.3.04, autorisation d'appel refusée.

Assessor of Area #11 - Richmond/Delta v. Annacis Auto Terminals (1997) Ltd. (B.C.), 29910, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General for Saskatchewan v. Thatcher (Sask.) (Crim.), 30072, leave to appeal refused, 1.4.04, autorisation d'appel refusée.

Attorney General of Canada v. Gladstone (B.C.), 30137, leave to appeal granted, 20.5.04, autorisation d'appel accordée.

B.F. v. Minister of Community Services (N.S.), 30075, leave to appeal refused, 26.2.04, autorisation d'appel refusée.

Baidwan v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29912, leave to appeal refused, 8.1.04, autorisation d'appel refusée.

Bajrange-Singh v. The Queen (Ont.) (Crim.), 29995, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Bajwa v. The Queen (F.C.), 30055, leave to appeal refused, 8.4.04, autorisation d'appel refusée.

Banque de Nouvelle-Écosse c. Promotions Atlantiques (Qué.), 30015, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bartel v. Manitoba Securities Commission (Man.), 29694, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bellegarde c. Ville Île Perrot (Qué.), 30182, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bellerose v. Bob (B.C.), 29954, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Benoit v. The Queen (F.C.), 29931, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bhalru v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30163, leave to appeal refused, 6.5.04, autorisation d'appel refusée.

Bilodeau c. La Reine (Qué.) (Crim.), 29990, leave to appeal refused, 8.1.04, autorisation d'appel refusée.

Black v. Creditors of the Estate of NsC Diesel Power Inc. (F.C.), 29921, notice of discontinuance filed, 6.1.04, avis de désistement produit.

Bohnet v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30033, leave to appeal refused, 5.2.04, autorisation d'appel refusée.

Bonneau v. Wilson (B.C.), 29899, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bower v. Cominco Ltd. (B.C.), 30084, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Branson v. Trylinski-Branson (Alta.), 30041, leave to appeal refused with costs, 25.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Brasserie Seigneuriale Inc. c. Société des alcools du Québec (Qué.), 30138, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Briand c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30143, leave to appeal refused, 6.5.04, autorisation d'appel refusée.

Brito v. Woolley (B.C.), 29967, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Brown v. The Queen (F.C.), 29843, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Burnett v. Workers' Compensation Board (B.C.), 29987, leave to appeal refused, 26.2.04, autorisation d'appel refusée.

Cabot Insurance Company Ltd. v. Ryan (N.L.), 29849, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 5.2.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Cai v. The Queen (Alta.) (Crim.), 29904, leave to appeal refused, 4.3.04, autorisation d'appel refusée.

Canada Industrial Relations Board v. Via Rail Canada Inc. (F.C.), 29994, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canada Safeway Ltd. v. Alberta Human Rights and Citizenship Commission (Alta.), 30000, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canada Safeway Ltd. v. The Queen (Man.), 29930, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen (Ont.), 29964, leave to appeal refused, 22.4.04, autorisation d'appel refusée.

Canadian Union of Public Employees, Local 38 v. Enmax Corp. (Alta.), 29836, leave to appeal refused, 5.2.04, autorisation d'appel refusée.

Canadian Union of Public Employees, Local 1560 v. Avalon East School Board (N.L.), 30059, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canadian Waste Services v. Commissioner of Competition (F.C.), 29763, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cape Breton Development Corp. v. Estate of James Morrison (N.S.), 30085, leave to appeal refused, 29.4.04, autorisation d'appel refusée.

Carter c. Glegg (Qué.), 30060, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 1.4.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Celestica Inc. v. ACE INA Insurance (Ont.), 29984, leave to appeal refused with costs, 8.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cerra v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30136, leave to appeal refused, 20.5.04, autorisation d'appel refusée.

Chalifoux c. Centre communautaire juridique de Montréal (Qué.), 30082, leave to appeal refused with costs, 18.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chan v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30007, leave to appeal refused, 26.2.04, autorisation d'appel refusée.

Chao v. United States of America (B.C.) (Crim.), 29944, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Charkaoui c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (C.F.), 30104, leave to appeal refused, 6.5.04, autorisation d'appel refusée.

Chief Percy Williams v. Minister of Fisheries and Oceans (F.C.), 30180, leave to appeal refused with costs, 20.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ching Chang v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30097, leave to appeal refused, 22.4.04, autorisation d'appel refusée.

Chow v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29919, leave to appeal granted, 22.1.04, autorisation d'appel accordée.

Cité de Dorval c. Gaz Métropolitain Inc. (Qué.), 30076, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

City of Winnipeg v. Manitoba Hotel Assn. (Man.), 29934, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Clark v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29976, leave to appeal granted, 22.1.04, autorisation d'appel accordée.

Club Juridique c. Procureur général du Canada (C.F.), 30110, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cole v. Corporation of the City of Hamilton (Ont.), 29968, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Commission des lésions professionnelles c. Bourassa (Qué.), 30009, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Condo v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30042, leave to appeal refused, 26.2.04, autorisation d'appel refusée.

Confédération des syndicats nationaux c. Commission de la santé et de la sécurité du travail (Qué.), 30069, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corporation of the Town of Pelham v. Pedwell (Ont.), 29881, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corriveau c. La Reine (Qué.) (Crim.), 29817, leave to appeal refused, 1.4.04, autorisation d'appel refusée.

Cottrelle v. Gerrard (Ont.), 30109, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dang v. The Queen (Alta.) (Crim.), 29796, leave to appeal refused, 4.3.04, autorisation d'appel refusée.

de Jong v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 30127, leave to appeal granted, 27.5.04, autorisation d'appel accordée.

Decorte v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30081, leave to appeal granted, 25.3.04, autorisation d'appel accordée.

Deeb v. Metrick (Ont.), 29925, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Deptuck v. The Queen (F.C.), 29814, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Deragon c. La Reine (Qué.) (Crim.), 29972, leave to appeal refused, 4.3.04, autorisation d'appel refusée.

Desautels v. Katimavik (Ont.), 30018, leave to appeal refused, 29.4.04, autorisation d'appel refusée.

Domkowsky v. The Queen (N.W.T.) (Crim.), 29851, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Dorus v. Taylor (B.C.), 29784, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Drapeau c. Girard (Qué.), 30053, leave to appeal refused with costs, 5.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ducharme v. The Queen (Man.) (Crim.), 30261, leave to appeal refused, 20.5.04, autorisation d'appel refusée.

Dumas v. The Queen (Man.) (Crim.), 29923, leave to appeal refused, 1.4.04, autorisation d'appel refusée.

Dynamex Canada Inc. v. Mamona (F.C.), 29932, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia (B.C.), 29890, leave to appeal granted, 19.2.04, autorisation d'appel accordée.

Edgelow v. Hooks (Alta.), 29943, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Einar Bjellebo v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30028, leave to appeal refused, 29.4.04, autorisation d'appel refusée.

Ernst & Young v. Law Society of Upper Canada (Ont.), 29902, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Estate of Farida Shah v. J.A.M. (Ont.), 29875, leave to appeal refused, 29.1.04, autorisation d'appel refusée.

Ewachniuk v. Law Society of British Columbia (B.C.), 29835, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Falconbridge Ltd. v. Commissioner of Competition (Ont.), 29845, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Fargey v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30024, leave to appeal refused, 5.2.04, autorisation d'appel refusée.

Feduk v. Saskatchewan Wheat Pool (Sask.), 29903, leave to appeal refused with costs, 19.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ferguson v. Lush (B.C.), 30111, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ferme Geléry Inc. c. Municipalité de Laverlochère (Qué.), 30116, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ferring Inc. v. Attorney General of Canada (F.C.), 29945, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec (Qué.), 30172, leave to appeal granted with costs, 6.5.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Fischer v. Halyk (Sask.), 29962, leave to appeal refused with costs, 8.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fletcher v. Manitoba Public Insurance Corp. (Man.), 29804, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Forces Motrices Batiscan Inc. c. Procureur général du Québec (Qué.), 30164, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Foreman v. 818329 Ontario Ltd. (Ont.), 30031, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Forknall v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30020, leave to appeal refused, 4.3.04, autorisation d'appel refusée.

Francis v. The Owners: Condominium Plan No. 8222909 (Alta.), 30001, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Franks v. The Queen (Sask.) (Crim.), 29749, leave to appeal refused, 8.1.04, autorisation d'appel refusée.

Fullercon Ltd. v. City of Ottawa (Ont.), 30135, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

G.M. v. Canadian Red Cross Society (Ont.), 30071, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

G.S. c. G.G. (Qué.), 30238, leave to appeal refused with costs, 27.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gagnon c. Assurances Laurentienne (Qué.), 29997, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Gagnon c. Ville de Montréal (Qué.), 30146, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gaming Lottery Corp. v. Bank Leu Ag (Ont.), 29993, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gauthier c. Caron (Qué.), 30027, leave to appeal refused with costs, 5.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

George Ghanotakis c. Pierre Roy et Associés Inc. (Qué.), 30117, leave to appeal refused, 22.4.04, autorisation d'appel refusée.

Gismondi v. Corporation of the City of Toronto (Ont.), 29857, leave to appeal refused with costs, 19.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gouvernement du Maroc c. El Ansari (Qué.), 30068, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Government of Saskatchewan v. Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Sask.), 29973, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 25.3.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Grain Services Union Local 3000 v. Saskatchewan Wheat Pool (Sask.), 29885, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grandinetti v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30096, leave to appeal refused, 29.4.04, autorisation d'appel refusée.

Grecon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc. (Que.), 30217, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 27.5.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Grewall v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29961, leave to appeal refused, 4.3.04, autorisation d'appel refusée.

H.G. v. The Queen (Sask.) (Crim.), 29986, leave to appeal refused, 25.3.04, autorisation d'appel refusée.

Haight-Smith v. Attorney General of Canada (F.C.), 30112, leave to appeal refused with costs, 8.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hasan v. The Queen (N.B.) (Crim.), 30003, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Henderson v. Hagblom (Sask.), 29820, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Highland Capital Management v. Uniforêt Inc. (Que.), 29969, leave to appeal refused with costs, 19.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hilewitz v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 30125, leave to appeal granted, 27.5.04, autorisation d'appel accordée.

Hitzig v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30120, leave to appeal refused, 6.5.04, autorisation d'appel refusée.

Holmes v. University of Calgary (Alta.), 30040, leave to appeal refused with costs, 8.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Horse v. The Queen (Sask.) (Crim.), 29898, leave to appeal refused, 8.1.04, autorisation d'appel refusée.

Hunt v. T.D. Securities Inc. (Ont.), 30026, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Industries de maintenance Empire Inc. c. Commission de la construction du Québec (Qué.), 30131, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Information Commissioner of Canada v. Attorney General of Canada (F.C.), 29892, leave to appeal refused with costs, 29.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

International Association of Firefighters Local 255 v. Corporation of the City of Calgary (Alta.), 29848, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Isidore Garon Ltée c. Syndicat du bois ouvré de la région de Québec Inc. (Qué.), 30171, leave to appeal granted with costs, 6.5.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.

J.D. Irving Ltd. v. General Longshore Workers, Checkers and Shipliners of the Port of Saint John, N.B. Local 273 (F.C.), 29941, leave to appeal refused with costs, 26.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

J.F. c. R.L. (Qué.), 30004, leave to appeal refused, 19.2.04, autorisation d'appel refusée.

Jauvin c. Procureur général du Québec (Qué.), 30152, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jeddoe v. The Queen (F.C.), 30013, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kappo v. Subdivision and Development Appeal Board (Municipal District of Greenview No. 16) (Alta.), 29855, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc. (F.C.), 29956, leave to appeal granted with costs, 29.4.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Klewchuk v. Switzer (Alta.), 29942, leave to appeal refused with costs, 8.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kruk v. Puklingham (B.C.), 30046, leave to appeal refused with costs, 29.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kumar v. Mutual Life Assurance Co. of Canada (Ont.), 29815, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Labrie c. Rheault (Qué.), 30153, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lafferty, Harwood & Partners Ltd. v. Parizeau (Que.), 30103, leave to appeal granted with costs, 6.5.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Lafontaine-Rish Medical Group Ltd. v. Erdelyi (Ont.), 30119, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lajoie c. Camping du Lac des Pins Inc. (Qué.), 30048, leave to appeal refused, 22.4.04, autorisation d'appel refusée.

Lavigne v. Canada Post Corp. (F.C.), 30035, leave to appeal refused with costs, 26.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lavoie c. Perras (Qué.), 30224, leave to appeal refused with costs, 20.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Le Groupe Commerce compagnie d'assurances c. La Capitale, compagnie d'assurance générale (Qué.), 30058, leave to appeal refused with costs, 19.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lebel c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30102, leave to appeal refused, 1.4.04, autorisation d'appel refusée.

Leduc v. The Queen (Ont.) (Crim.), 29958, leave to appeal refused, 12.1.04, autorisation d'appel refusée.

Leonelli-Contino v. Contino (Ont.), 30100, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 1.4.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Les Constructions du Saint-Laurent Ltée c. Aluminerie Alouette Inc. (Qué.), 30056, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lessard c. Ville de La Prairie (Qué.), 30115, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Liquid Carbonic Inc. v. British Columbia's Children's Hospital (B.C.), 29782, leave to appeal granted with costs, 22.1.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Loojune v. Holmes (Ont.), 29935, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Mansour v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30047, leave to appeal refused, 13.5.04, autorisation d'appel refusée.

Mantini v. Smith Lyons LLP (Ont.), 29893, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mapara v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29750, leave to appeal granted, 29.4.04, autorisation d'appel accordée.

Marche v. The Halifax Insurance Co. (N.S.), 29754, leave to appeal granted, 19.2.04, autorisation d'appel accordée.

Marino v. DBM Capital Corp. (Ont.), 30107, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Marks v. Tokarewicz (Ont.), 30218, leave to appeal refused with costs, 13.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Marren v. Echo Bay Mines Ltd. (B.C.), 29907, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Martin v. Alberta Mental Health Board (Alta.), 29917, leave to appeal refused, 18.3.04, autorisation d'appel refusée.

Massé c. La Reine (C.F.), 29153, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

May v. Warden of Ferndale Institution (B.C.), 30083, leave to appeal granted, 20.5.04, autorisation d'appel accordée.

Mazumder v. Bell Canada (Ont.), 29947, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McClelland v. The Queen (F.C.), 30179, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ménard c. The Queen (Qué.) (Crim.), 30089, leave to appeal granted, 1.4.04, autorisation d'appel accordée.

Meyn v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30017, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Minchella v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30014, leave to appeal refused, 13.5.04, autorisation d'appel refusée.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration c. Mugesera (C.F.), 30025, leave to appeal granted, 19.2.04, autorisation d'appel accordée.

Moosomin Credit Union v. Royal Bank of Canada (Sask.), 30140, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Morgis v. Investment Dealers Association of Canada (Ont.), 29950, leave to appeal refused with costs, 8.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Murray v. The Queen (Ont.), 29999, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ng v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30159, leave to appeal refused, 20.5.04, autorisation d'appel refusée.

Nguiagain c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30203, leave to appeal refused, 20.5.04, autorisation d'appel refusée.

Noël c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30039, leave to appeal refused, 26.2.04, autorisation d'appel refusée.

Norampac Inc. v. Hilton (Ont.), 30008, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

North Fraser Harbour Commission v. Attorney General of British Columbia (B.C.), 29971, leave to appeal granted, 25.3.04, autorisation d'appel accordée.

NPV Management Ltd. v. Anthony (N.L.), 29988, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ofume v. CIBC Mortgage Corp. (N.S.), 30054, leave to appeal refused, 4.3.04, autorisation d'appel refusée.

Pacific Forest Products Ltd. v. AXA Pacific Insurance Co. (B.C.), 29840, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Paice v. The Queen (Sask.) (Crim.), 30045, leave to appeal granted, 22.4.04, autorisation d'appel accordée.

Paletta International Corp. v. Canada Life Assurance Co. (Ont.), 29799, leave to appeal refused with costs, 26.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Panousis v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30073, leave to appeal refused, 25.3.04, autorisation d'appel refusée.

Pepeeetch v. The Queen (Sask.) (Crim.), 29991, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Pelley v. Pelley (N.L.), 29883, leave to appeal refused, 4.3.04, autorisation d'appel refusée.

Petro-Canada Inc. c. Ville de Montréal-Est (Qué.), 29960, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Pharmascience Inc. c. Binet (Qué.), 30188, leave to appeal refused with costs, 20.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Power v. Attorney General of Canada (N.L.), 29886, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pynn v. The Queen (N.L.) (Crim.), 30129, leave to appeal refused, 29.4.04, autorisation d'appel refusée.

Q.S.B. Inc. (Santé Animal Breton) c. Ordre des pharmaciens du Québec (Qué.) (Crim.), 30133, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

R. v. Bennett (Ont.) (Crim.), 30080, leave to appeal refused, 1.4.04, autorisation d'appel refusée.

R. v. Bernard (N.B.), 30005, leave to appeal granted with costs, 29.4.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.

R. v. D.R.-P. (Qué.) (Crim.), 30038, leave to appeal refused, 1.4.04, autorisation d'appel refusée.

R. v. Dimitrov (Ont.) (Crim.), 30181, leave to appeal refused, 29.4.04, autorisation d'appel refusée.

R. v. Elias (Man.) (Crim.), 29920, leave to appeal granted with costs on a solicitor-client basis, 12.2.04, autorisation d'appel accordée avec dépens sur la base avocat-client.

- R. v. Fice* (Ont.) (Crim.), 29965, leave to appeal granted, 19.2.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Hamilton* (Alta.) (Crim.), 30021, leave to appeal granted, 1.4.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Hayes* (Ont.) (Crim.), 29985, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Hurrell* (Ont.) (Crim.), 29376, notice of discontinuance filed, 26.4.04, avis de désistement déposé.
- R. v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771* (Sask.), 30090, leave to appeal granted, 29.4.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Krymowski* (Ont.) (Crim.), 29865, leave to appeal granted, 22.1.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Major* (Qué.) (Crim.), 30023, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Marshall* (N.S.), 30063, leave to appeal granted, 29.4.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Ritchie* (Qué.) (Crim.), 30108, leave to appeal granted, 1.4.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Rock Resources Inc.* (B.C.), 29918, leave to appeal refused with costs, 8.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Sazant* (Ont.) (Crim.), 30079, leave to appeal granted, 19.2.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. T.S.C.* (Ont.) (Crim.), 29693, leave to appeal refused, 5.2.04, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (Ont.), 30113, leave to appeal granted, 29.4.04, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Woodcock* (Ont.) (Crim.), 30064, leave to appeal refused, 22.4.04, autorisation d'appel refusée.
- Racine v. Racine* (Ont.), 30166, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ramarro Resources Inc. v. Pure Energy Marketing Ltd.* (Alta.), 29894, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rashwan v. Farkas* (Ont.), 30050, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rashwan v. Farkas* (Ont.), 30173, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Raymond Chabot Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 30091, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Regroupement des camionneurs indépendants inc. c. Transporteurs en vrac de Sainte-Foy inc.* (Qué.), 30036, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Reid v. The Owners, Strata Plan LMS 2503* (B.C.), 30057, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Reilly v. Lynn* (B.C.), 29761, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rémillard c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29833, leave to appeal granted, 19.2.04, autorisation d'appel accordée.
- Réserve de la Petite Nation Inc. c. Bruneau* (Qué.), 30145, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rhodie Logistics International Inc. v. Emcea Transport Inc.* (Ont.), 29824, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roch c. Procureur général du Canada* (C.F.), 30165, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roy c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 30037, leave to appeal refused, 5.2.04, autorisation d'appel refusée.
- Sabotiak v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29841, leave to appeal refused, 15.4.04, autorisation d'appel refusée.

Savard c. Ville de Québec (Qué.), 30204, leave to appeal refused with costs, 13.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Scheuneman v. Attorney General of Canada (F.C.), 29832, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Scheuneman v. Attorney General of Canada (F.C.), 30088, leave to appeal refused with costs, 19.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Scheuneman v. The Queen (F.C.), 30087, leave to appeal refused with costs, 19.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schneeberger v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 30124, leave to appeal refused with costs, 13.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schwartz v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30099, leave to appeal refused, 4.3.04, autorisation d'appel refusée.

Shergill v. The Queen (F.C.), 30177, leave to appeal refused with costs, 13.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Shragge v. Peter Pond Holdings Ltd. (Alta.), 30078, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Siemens Electric Ltd. v. Daishowa-Marubeni Internationale Ltd. (Alta.), 30070, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sinclair v. Registrar of the Indian Register (F.C.), 29981, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Singer v. Davila-Singer (Ont.), 29998, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Soberman Isenbaum Colomby Tessim Inc. v. Bennett & Co. (Ont.), 29955, leave to appeal refused with costs, 12.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Société en commandite Sainte-Hélène c. G.M. Développement Inc. (Qué.), 30051, leave to appeal refused with costs, 26.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Spindler v. Warden of Millhaven Institution (Ont.), 30032, leave to appeal refused, 22.4.04, autorisation d'appel refusée.

Sunnybrook and Women's College Health Science Centre v. Minister of Finance (Ont.), 29813, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat des infirmières et infirmiers de l'Est du Québec c. Syndicat des infirmières et infirmiers du centre hospitalier de l'Archipel (Qué.), 29989, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

T & R Auto Service Centre Inc. v. Director of Vehicle Inspection Standards (Ont.), 29914, leave to appeal refused with costs, 8.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

The Great American Insurance Co. v. Father Francis Reed (Ont.), 29874, leave to appeal refused with costs, 26.2.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

The Ontario Judges' Association v. The Queen (Ont.), 30148, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.5.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

The ship "Sabina" v. Champion International Corp. (F.C.), 30066, leave to appeal refused with costs, 4.3.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Thiessen v. Columbia Shuswap Regional District (B.C.), 30062, leave to appeal refused with costs, 6.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Thiessen v. The Queen (Man.), 30011, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Thomson v. The Queen (Alta.), 29974, leave to appeal refused, 22.4.04, autorisation d'appel refusée.

Transport Robert (1973) Ltée v. The Queen (Ont.), 30130, leave to appeal refused with costs, 22.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tremblay c. Feu André Charest (Qué.), 30123, leave to appeal refused with costs, 20.5.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tremblay v. Calgary Herald Group Inc. (Alta.), 29982, leave to appeal refused, 26.2.04, autorisation d'appel refusée.

Trevor Nicholas Construction Co. Ltd. v. Minister for Public Works Canada (F.C.), 29937, leave to appeal refused with costs, 8.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tsiaprailis v. The Queen (F.C.), 29777, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 22.1.04, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Tyhurst v. Gorman (B.C.), 29828, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

UL Canada Inc. v. Attorney General of Quebec (Que.), 30065, leave to appeal granted with costs, 6.5.04, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Vicbir Holdings Ltd. v. Sutherland (Ont.), 29975, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville de Montréal c. 150460 Canada Inc. (Qué.), 30034, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville de Montréal-Est c. Groupe Pétrolier Olco Inc. (Qué.), 29966, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville de Québec c. Compagnie de la Baie d'Hudson (Qué.), 30101, leave to appeal refused with costs, 1.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville de Saint-Léonard c. Ville de Montréal (Qué.), 28920, leave to appeal refused, 29.4.04, autorisation d'appel refusée.

Vincent c. La Reine (Qué.) (Crim.), 29634, leave to appeal refused, 16.3.04, autorisation d'appel refusée.

Vu v. The Queen (Alta.) (Crim.), 29598, leave to appeal refused, 4.3.04, autorisation d'appel refusée.

W. Garth Fair Holding Ltd. v. Royal Bank of Canada (Ont.), 30022, leave to appeal refused with costs, 29.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Waldrone v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29983, leave to appeal refused, 22.4.04, autorisation d'appel refusée.

Webster v. Attorney General of Canada (F.C.), 30095, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Williams v. The Queen (Ont.) (Crim.), 29818, leave to appeal refused, 26.2.04, autorisation d'appel refusée.

Windheim c. Banque Toronto Dominion (Qué.), 30094, leave to appeal refused with costs, 15.4.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Yahong Bai v. Sing Tao Daily Ltd. (Ont.), 29897, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Young v. The Queen (Ont.), 30175, leave to appeal refused, 13.5.04, autorisation d'appel refusée.

Yousef v. United States of America (Ont.) (Crim.), 29951, leave to appeal refused, 22.1.04, autorisation d'appel refusée.

Zaki v. Ottawa Hospital (General Campus) (Ont.), 30010, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zicherman v. Equitable Life Insurance Co. of Canada (Ont.), 29816, leave to appeal refused with costs, 22.1.04, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE	PAGE
9050-3400 Québec Inc. v. Riverin, Girard & Associés Inc.....	301	
A		
A.U.P.E. v. Lethbridge Community College.....	727	
Alberta (Director of Child Welfare), C.U. v.	336	
Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College	727	
Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène numéro 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal.....	43	
Attorney General see also "Canada" or the name of province		
B		
Bank of Nova Scotia, Scotia McLeod Inc. v.	758	
Bank of Nova Scotia v. Thibault	758	
Bennett, John Doe v.	436	
C		
C.U. v. Alberta (Director of Child Welfare).....	336	
Calgary (City), United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v.	485	
Canada (Attorney General), Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v.	76	
Canada (Attorney General), Harper v.	827	
Canada, Gifford v.	411	
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General).....	76	
Cartaway Resources Corp. (Re).....	672	
CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada	339	
Chambre des notaires du Québec, Giguère v.	3	
D		
Cheddesingh, R. v.		433
Commission see also "Canada" or the name of province		
Communauté urbaine de Montréal, Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v.		
Construction & General Workers' Union, Local 92, Voice Construction Ltd. v.		
Consumers' Gas Co., Garland v.		
Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd....		
F		
Daoust, R. v.		217
Domgroup Ltd., Crystalline Investments Ltd. v. ...		
G		
Fontaine, R. v.		702
Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc.		
Garland v. Consumers' Gas Co.		456
Gifford v. Canada		
Gifford v. Minister of National Revenue		
Gifford v. R.		
Giguère v. Chambre des notaires du Québec		
H		
Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.....		303
Harper v. Canada (Attorney General)		
Hartshorne v. Hartshorne		

	PAGE		PAGE
I			
I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal	43	Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)	498
J			
John Doe v. Bennett	436	Pinet, R. v.	528
K			
Kehler, R. v.	328	Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital	528
Kroppmanns, Townsend v.	315	Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission).....	809
L			
Law Society of Upper Canada, CCH Canadian Ltd. v.	339	Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), Nutribec ltée v.	824
Lethbridge Community College, A.U.P.E. v.	727	Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) v. Nutribec ltée	824
Lethbridge Community College, Alberta Union of Provincial Employees v.	727	Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal	789
Lohrer, R. v.	627	Queen see also "R."	
Lyttle, R. v.	193		
M			
Minister of National Revenue, Gifford v.	411	R. v. Cheddesingh	433
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Daoust.....	217
Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser	902	R. v. Fontaine	702
N			
New Solutions Financial Corp., Transport North American Express Inc. v.	249	R. v. Kehler	328
Nutribec ltée, Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) v.	824	R. v. Lohrer	627
Nutribec ltée v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles).....	824	R. v. Lyttle.....	193
O			
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Pinet.....	528
Ontario (Attorney General), Penetanguishene Mental Health Centre v.	498	R. v. Smith.....	385
Ontario (Human Rights Commission), Pritchard v.	809	R., Gifford v.	411
Open Window Bakery Ltd., Hamilton v.	303	Riverin, Girard & Associés Inc., 9050-3400 Québec Inc. v.	301
P			
Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)			
Pinet, R. v.			
Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital			
Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission).....			
Q			
Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), Nutribec ltée v.			
Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) v. Nutribec ltée			
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal			
Queen see also "R."			
R			
R. v. Cheddesingh			
R. v. Daoust.....			
R. v. Fontaine			
R. v. Kehler			
R. v. Lohrer			
R. v. Lyttle.....			
R. v. Pinet.....			
R. v. Smith.....			
R., Gifford v.			
Riverin, Girard & Associés Inc., 9050-3400 Québec Inc. v.			
S			
Schmeiser, Monsanto Canada Inc. v.			
Scotia McLeod Inc. v. Bank of Nova Scotia.....			
Smith, R. v.			
Société de la Place des Arts de Montréal v. I.A.T.S.E., Stage Local 56 v.			
Société de la Place des Arts de Montréal v. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène numéro 56			
Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc., Foster Wheeler Power Co. v.			
St. Thomas Psychiatric Hospital, Pinet v.			

TABLE OF JUDGMENTS

xix

	PAGE		PAGE
		T	
The Queen see also "R."			
Thibault, Bank of Nova Scotia v.	758		
Townsend v. Kroppmanns.....	315		
Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.....	249		
		U	
Union see also under abbreviated name			
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)	485		
		V	
Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92	609		

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		PAGE
9050-3400 Québec inc. c. Riverin, Girard & Associés inc.....	301	CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada.....	339
A		Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)	498
A.I.E.S.T., local de scène numéro 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal	43	Chambre des notaires du Québec, Giguère c.	3
A.U.P.E. c. Lethbridge Community College.....	727	Cheddesingh, R. c.	433
Alberta (Director of Child Welfare), C.U. c.	336	Communauté urbaine de Montréal, Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c.	789
Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College.....	727	Commission voir aussi « Canada » ou nom de la province	
Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène numéro 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal.....	43	Construction & General Workers' Union, Local 92, Voice Construction Ltd. c.	609
B		Consumers' Gas Co., Garland c.	629
Banque de Nouvelle-Écosse, Scotia McLeod Inc. c.	758	Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.....	60
Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault	758		
Barreau du Haut-Canada, CCH Canadienne Ltée c.	339	D	
Bennett, Untel c.	436	Daoust, R. c.....	217
C		Domgroup Ltd., Crystalline Investments Ltd. c. ...	60
C.U. c. Alberta (Director of Child Welfare).....	336	F	
Canada (Procureur général), Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c.	76	Fontaine, R. c.	702
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	76	G	
Cartaway Resources Corp. (Re).....	672	Garland c. Consumers' Gas Co.....	629
Calgary (Ville), United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c.	485	Gifford c. Canada.....	411
Canada, Gifford c.	411	Gifford c. Ministre du Revenu national	411
Canada (Procureur général), Harper c.	827	Gifford c. R.	411
		Giguère c. Chambre des notaires du Québec	3
		H	
		Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.	303
		Harper c. Canada (Procureur général)	827
		Hartshorne c. Hartshorne	550

	PAGE		PAGE																																																																																																				
K																																																																																																							
Kehler, R. c.	328	Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), Nutribec ltée c.	824																																																																																																				
Kroppmanns, Townsend c.	315	Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) c. Nutribec ltée	824																																																																																																				
L																																																																																																							
La Reine voir aussi « R. »		Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal	789																																																																																																				
Lethbridge Community College, A.U.P.E. c.	727	R																																																																																																					
Lethbridge Community College, Alberta Union of Provincial Employees c.	727	Lohrer, R. c.	627	R. c. Cheddesingh	433	Lyttle, R. c.	193	R. c. Daoust.....	217	M				Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la province		R. c. Fontaine	702	Ministre du Revenu national, Gifford c.	411	R. c. Kehler	328	Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser	902	R. c. Lohrer	627	N				New Solutions Financial Corp., Transport North American Express Inc. c.	249	R. c. Lyttle.....	193	Nutribec ltée c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles).....	824	R. c. Pinet.....	528	Nutribec ltée, Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) c.	824	R. c. Smith	385	O				Office voir aussi « Canada » ou nom de la province Ontario (Commission des droits de la personne), Pritchard c.	809	R., Gifford c.	411	Ontario (Procureur général), Centre de santé mentale de Penetanguishene c.	498	Reine voir aussi « R. »		Open Window Bakery Ltd., Hamilton c.	303	Riverin, Girard & Associés inc., 9050-3400 Québec inc. c.	301	P				Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital	528	S		Pinet, R. c.	528	Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)	809	Schmeiser, Monsanto Canada Inc. c.	902	Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province		Scotia McLeod Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse.....	758			Smith, R. c.	385			Société de la Place des Arts de Montréal, A.I.E.S.T., local de scène numéro 56 c.	43			Société de la Place des Arts de Montréal, Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène numéro 56 c.				Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc.	43			Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc., Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c.	456			St. Thomas Psychiatric Hospital, Pinet c.	528			Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
Lohrer, R. c.	627	R. c. Cheddesingh	433																																																																																																				
Lyttle, R. c.	193	R. c. Daoust.....	217																																																																																																				
M																																																																																																							
Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la province		R. c. Fontaine	702																																																																																																				
Ministre du Revenu national, Gifford c.	411	R. c. Kehler	328																																																																																																				
Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser	902	R. c. Lohrer	627																																																																																																				
N																																																																																																							
New Solutions Financial Corp., Transport North American Express Inc. c.	249	R. c. Lyttle.....	193																																																																																																				
Nutribec ltée c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles).....	824	R. c. Pinet.....	528																																																																																																				
Nutribec ltée, Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) c.	824	R. c. Smith	385																																																																																																				
O																																																																																																							
Office voir aussi « Canada » ou nom de la province Ontario (Commission des droits de la personne), Pritchard c.	809	R., Gifford c.	411																																																																																																				
Ontario (Procureur général), Centre de santé mentale de Penetanguishene c.	498	Reine voir aussi « R. »																																																																																																					
Open Window Bakery Ltd., Hamilton c.	303	Riverin, Girard & Associés inc., 9050-3400 Québec inc. c.	301																																																																																																				
P																																																																																																							
Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital	528	S																																																																																																					
Pinet, R. c.	528	Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)	809	Schmeiser, Monsanto Canada Inc. c.	902	Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province		Scotia McLeod Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse.....	758			Smith, R. c.	385			Société de la Place des Arts de Montréal, A.I.E.S.T., local de scène numéro 56 c.	43			Société de la Place des Arts de Montréal, Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène numéro 56 c.				Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc.	43			Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc., Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c.	456			St. Thomas Psychiatric Hospital, Pinet c.	528			Syndicat voir aussi sous nom abrégé																																																																			
Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)	809	Schmeiser, Monsanto Canada Inc. c.	902																																																																																																				
Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province		Scotia McLeod Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse.....	758																																																																																																				
		Smith, R. c.	385																																																																																																				
		Société de la Place des Arts de Montréal, A.I.E.S.T., local de scène numéro 56 c.	43																																																																																																				
		Société de la Place des Arts de Montréal, Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène numéro 56 c.																																																																																																					
		Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc.	43																																																																																																				
		Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc., Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c.	456																																																																																																				
		St. Thomas Psychiatric Hospital, Pinet c.	528																																																																																																				
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé																																																																																																					

TABLE DES JUGEMENTS

xxiii

	PAGE		PAGE
T			
Thibault, Banque de Nouvelle-Écosse c.	758	United Taxi Drivers' Fellowship of Southern	
Townsend c. Kroppmanns.....	315	Alberta c. Calgary (Ville)	485
Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.	249	Untel c. Bennett	436
U			
V			
Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92.....		609	

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)	[1996] 3 R.C.S. 919	243
A		
Adair v. Young	(1879), 12 Ch. D. 13	924, 951
Adler v. Ontario	[1996] 3 S.C.R. 609	800
Alberta and Alberta Union of Provincial Employees (Van Steenoven Grievance)	[1998] A.G.A.A. No. 43 (QL)	745
Alberta Teachers' Assn. and Communications, Energy and Paper-workers' Union, Local 777 (Oliverio Grievance)	[1998] A.G.A.A. No. 77 (QL)	754
Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College	[1982] 1 S.C.R. 923	619
Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d'administration de Olds College.....	[1982] 1 R.C.S. 923	619
Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board	(1989), 98 A.R. 384	754
Alberta v. Alberta Union of Provincial Employees	(1998), 230 A.R. 114	749
Alberta v. Alberta Union of Provincial Employees	(1987), 82 A.R. 19	749
Aldo Ippolito & Co. v. Canada Packers Inc.....	(1986), 57 O.R. (2d) 65	308
Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1977] 2 R.C.S. 576	667
Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan.....	[1977] 2 S.C.R. 576	667
American Cyanamid Co. v. Charles E. Frosst & Co.	(1965), 29 Fox Pat. C. 153	953
Amfac Foods Inc. v. Irving Pulp & Paper Ltd.....	(1984), 80 C.P.R. (2d) 59	944
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.....	[1978] 2 S.C.R. 229	323
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	124
Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219	[1986] 1 R.C.S. 704	750
Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.....	[2002] 4 S.C.R. 153, 2002 SCC 77	917
Application No. 995 for a Townhouse Building Design (Re)	(1979), 53 C.P.R. (2d) 211	947
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287	320
Associated Newspapers Group plc v. News Group Newspapers Ltd....	[1986] R.P.C. 515	367
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	663
Attwood v. Lamont	[1920] 3 K.B. 571	280
Ayotte v. Boucher.....	(1883), 9 S.C.R. 460	15

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	181
B.V.D. Co. v. Canadian Celanese Ltd.....	[1936] S.C.R. 221	944
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	94, 617
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	94, 617
Bank of Toronto v. Perkins	(1883), 8 S.C.R. 603	263, 279
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	[2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20	617, 625, 693, 739
Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble.....	[2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28	744
Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.....	[2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28	744
Bazley v. Curry	[1999] 2 S.C.R. 534	445
Bélieau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 R.C.S. 345	803
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42	97, 176, 230, 349, 494, 744
Beloff v. Pressdram Ltd.	[1973] 1 All E.R. 241	368
Bennett & White Construction Co. v. Minister of National Revenue	[1949] S.C.R. 287	424
Berardinelli v. Ontario Housing Corp.....	[1979] 1 S.C.R. 275	640
Betts v. Neilson	(1868), L.R. 3 Ch. App. 429	922
Bishop v. Stevens	[1990] 2 S.C.R. 467	349
Blanchard v. Control Data Canada Ltd.....	[1984] 2 S.C.R. 476	750
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44	25
Borowski c. Canada (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 342	390
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342	390
Boston v. Boston	[2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43	605
Bracklow v. Bracklow.....	[1999] 1 S.C.R. 420	595
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	797
British Columbia (Securities Commission) v. Pacific International Securities Inc.	(2002), 2 B.C.L.R. (4th) 114, 2002 BCCA 421	691
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights).....	[1999] 3 S.C.R. 868	797
British United Shoe Machinery Co. v. Gimson Shoe Machinery Co....	(1928), 45 R.P.C. 290	954
British United Shoe Machinery Co. v. Simon Collier Ld.....	(1910), 27 R.P.C. 567	923, 955
Bronfman Trust c. La Reine	[1987] 1 R.C.S. 32	426
Bronfman Trust v. The Queen	[1987] 1 S.C.R. 32	426
Brosseau v. Alberta Securities Commission	[1989] 1 S.C.R. 301	693
Browne v. Dunn	(1893), 6 R. 67	212
Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer (No. 3).....	[1980] 3 All E.R. 475.....	819
C		
Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée.....	[1999] 1 R.C.S. 142	938
Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.....	[1999] 1 S.C.R. 142	938
Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu.....	[1990] 2 R.C.S. 995	302

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Calgary Board of Education v. Canadian Union of Public Employees, Local 40 (R.J. Grievance)	[2001] A.G.A.A. No. 13 (QL)	754
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	239
Canada c. Farquhar Bethune Insurance Ltd.....	[1982] A.C.F. n° 601 (QL).....	422
Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.	[2001] 2 S.C.R. 100, 2001 CSC 36	617
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.....	[1997] 1 R.C.S. 748.....	525, 617, 694, 753
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.....	[1997] 1 S.C.R. 748.....	525, 617, 694, 753
Canada (Procureur général) c. Mossop.....	[1993] 1 R.C.S. 554.....	239
Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454	[1998] 1 R.C.S. 1079	619
Canada Safeway Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1957] S.C.R. 717	425
Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454.....	[1998] 1 S.C.R. 1079	619
Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.....	[2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36	617
Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King.....	(1989), 60 D.L.R. (4th) 293.....	280
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)....	[1995] 1 S.C.R. 157	741
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson.....	[1998] 3 S.C.R. 157	894
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227	625
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.	[1991] 3 S.C.R. 534.....	938
Carney v. Herbert.....	[1985] 1 All E.R. 438.....	280
Caya c. 1641-9749 Québec Inc.....	D.T.E. 85T-242	56
CBS Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.....	[1981] 2 All E.R. 812.....	361
Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.	[1999] R.P.C. 203.....	938
Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général).....	[2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20	531
Champagne c. Scotia McLeod Inc.....	[1992] R.D.J. 247.....	482
Chaumiere Retirement Residence and Service Employees'Union, Local 210, Re	(1993), 37 L.A.C. (4th) 86	754
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3	230, 742
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3	230, 741
Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier.....	[1989] R.J.Q. 550.....	771
City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy	[1981] T.T. 22	56
Clarke v. Clarke	(1991), 31 R.F.L. (3d) 383	564
Cockburn v. Alexander	(1848), 6 C.B. 791	308
Collette v. Lasnier.....	(1886), 13 S.C.R. 563	938
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Com- mission) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3	797
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights).....	[1999] 3 R.C.S. 868	797
Colonial Fastener Co. v. Lightning Fastener Co.....	[1937] S.C.R. 36	938
Comité administratif de l'Ordre des comptables agréés du Québec v. Schwarz.....	[2001] R.J.Q. 920.....	15
Comité de déontologie policière v. Millette	J.E. 2000-591	36
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139	839
Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobi- lières).....	[2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37	686
Commissaire à la déontologie policière v. Bourdon.....	[2000] R.J.Q. 2239.....	36
Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesell- schaft Vormals Meister Lucius & Bruning.....	[1964] S.C.R. 49	947

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139	839
Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)	[2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37	686
Commonwealth v. Walker.....	288 A.2d 741 (1972)	395
Compagnie des transformateurs Philips Ltée v. Métallurgistes unis d'Amérique, local 7812.....	[1985] C.A. 684	36
Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.....	[1980] 1 S.C.R. 357	349
Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.....	[1968] S.C.R. 676	361
Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.....	(1992), 44 C.P.R. (3d) 77	924, 954
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15	[1997] 1 R.C.S. 487	741
Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.....	[1981] 1 S.C.R. 504	915, 943
Cope v. Rowlands	(1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707.. 263, 279	
Côté v. Morgan.....	(1881), 7 S.C.R. 1	49
Cour eur. D. H., arrêt A. c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998.....	Recueil des arrêts et décisions 1998-VI	102
Crane Canada Inc. and U.A., Local 170 (Re).....	(1990), 14 L.A.C. (4th) 253.....	752
Cumberland Investments Ltd. c. Canada (M.R.N.)	[1975] A.C.F. n° 511 (QL).....	422
Cumberland Investments Ltd. v. The Queen	[1975] C.T.C. 439	422
Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot	[1965] 2 O.R. 152	64

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	137
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	137
Davidson v. British Columbia (Attorney-General).....	(1993), 87 C.C.C. (3d) 269.....	511
Davidson v. Davidson	(1986), 2 R.F.L. (3d) 442.....	598
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 230	740
De Tervagne c. Belœil (Ville)	[1993] 3 C.F. 227	361
De Tervagne v. Belœil (Town)	[1993] 3 F.C. 227	361
Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.	(1983), 43 O.R. (2d) 33	394
Descôteaux v. Mierzwinski.....	[1982] 1 S.C.R. 860	817
Director of Public Prosecutions v. Hester.....	[1972] 3 All E.R. 1056.....	332
Doré c. Verdun (Ville).....	[1997] 2 R.C.S. 862	802
Doré v. Verdun (City).....	[1997] 2 S.C.R. 862	802
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	[2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62	805
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education).....	[2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62	805
Dove v. United States.....	423 U.S. 325 (1976).....	393
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19	617, 691, 739
Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. British and Colonial Motor Car Co.....	(1901), 18 R.P.C. 313	923
Dunmore c. Ontario (Procureur général).....	[2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94	893
Dunmore v. Ontario (Attorney General).....	[2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94	893
Duong v. NN Life Insurance Co. of Canada.....	(2001), 141 O.A.C. 307	313
Durham v. United States	401 U.S. 481 (1971).....	393

E

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant	[1997] 1 R.C.S. 241	127
---	---------------------------	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Eaton v. Brant County Board of Education	[1997] 1 S.C.R. 241	127
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	839
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326	839
Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes	[2000] 4 C.F. 195	354
Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.....	[2000] 4 F.C. 195	354
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	126
Elliott c. La Reine	[1978] 2 R.C.S. 393	228
Elliott v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 393	228
Elsom v. Elsom	(1983), 37 R.F.L. (2d) 150	604
États-Unis d'Amérique c. Dynar	[1997] 2 R.C.S. 462	246
Eur. Court H. R., A. v. United Kingdom, judgment of 23 September 1998.....	Reports of Judgments and Decisions 1998-VI..	102

F

F. Hoffmann-Laroche & Co. v. Commissioner of Patents.....	[1955] S.C.R. 414	948
Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.....	499 U.S. 340 (1991).....	352
Figueroa c. Canada (Procureur général)	[2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37	840, 870
Figueroa v. Canada (Attorney General).....	[2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37	840, 870
Foothills Provincial General Hospital v. United Nurses of Alberta, Local 115.....	(1998), 228 A.R. 122	620
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712	842
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	842
Forget c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 90	400
Forget v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 90	400
Fortin v. Chrétien	[2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45	19
Francini v. Canuck Properties Ltd.	(1982), 35 O.R. (2d) 321	70
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316	619
Free World Trust v. Électro Santé Inc.....	[2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66 ...	919, 943
Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie	[1992] 1 R.C.S. 647	476
Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.....	[1992] 1 S.C.R. 647	476
Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.....	[2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34	285

G

Gale's Application	[1991] R.P.C. 305.....	947
Gardner v. Air Canada	J.E. 99-1143	36
Garland v. Consumers' Gas Co.....	[1998] 3 S.C.R. 112	262, 284, 636
Gaysek c. La Reine	[1971] R.C.S. 888	236
Gaysek v. The Queen	[1971] S.C.R. 888	236
Giffen (Re)	[1998] 1 S.C.R. 91	75
Gillespie v. Gillespie	(1995), 1 B.C.L.R. (3d) 28	604
Gillette Safety Razor Co. v. Anglo-American Trading Co.	(1913), 30 R.P.C. 465	940
Gold v. Gold	(1993), 82 B.C.L.R. (2d) 165	564
Goldman c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 976	236
Goldman v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 976	236

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Goldner v. Canadian Broadcasting Corp.	(1972), 7 C.P.R. (2d) 158.....	349
Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.	[1956] S.C.R. 610.....	231
Gosselin c. Québec (Procureur général).....	[2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84	111, 125
Gosselin v. Quebec (Attorney General).....	[2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84	111, 125
Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28	128
Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)....	[2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28	128
Gravel c. Cité de St-Léonard	[1978] 1 R.C.S. 660	231
Gravel v. City of St-Léonard.....	[1978] 1 S.C.R. 660	231
Grayned v. City of Rockford	408 U.S. 104 (1972).....	96
Griffin v. Illinois	351 U.S. 12 (1956).....	394
Grignon v. Roussel.....	(1991), 38 C.P.R. (3d) 4.....	349
Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.	[1999] 3 S.C.R. 423	64
Guilde des employés de Super Carnaval (Lévis) v. Tribunal du travail	[1986] R.J.Q. 1556.....	36
Guimond c. Québec (Procureur général).....	[1996] 3 R.C.S. 347	802
Guimond v. Quebec (Attorney General).....	[1996] 3 S.C.R. 347	802

H

Haig v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 995	870
Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets).....	[2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76	916, 939
Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents).....	[2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76	916, 939
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 2 R.C.S. 876	108, 845, 870
Harvey v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 2 S.C.R. 876	108, 845, 870
Hasiuk v. Oshanek	[1936] 1 D.L.R. 232.....	279
Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 768	742
Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission.....	[1979] 2 S.C.R. 768	742
Hindcastle Ltd. v. Barbara Attenborough Associates Ltd.....	[1996] 1 All E.R. 737	74
Hinkova v. Ordre des pharmaciens du Québec.....	[2000] Q.J. No. 1445 (QL)	15
Hoechst Celanese Corp. v. BP Chemicals Ltd.....	(1998), 25 F.S.R. 586.....	924
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	51, 602
Hretchka c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1972] R.C.S. 119	701
Hretchka v. Attorney General of British Columbia	[1972] S.C.R. 119	701
Hubbard v. Vosper.....	[1972] 1 All E.R. 1023.....	365
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1995] 3 R.C.S. 453	75
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	75

I

Illinois Tool Works Inc. v. Cobra Anchors Co.	(2002), 221 F.T.R. 161, 2002 FCT 829	924, 954
In re : Les Coopérants Firstcliff Development Inc. c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.....	[1994] R.L. 268.....	768
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927	159, 839, 897
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	159, 839, 897

J

Jacobi v. Griffiths	[1999] 2 S.C.R. 570	445
---------------------------	---------------------------	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Jobin, Blais, Fortier, Touché, Ross Ltée c. Monarch Life Assurance Co.	[1986] R.J.Q. 1755	769
Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 46	419
Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 46	418
Jones v. Ontario (Attorney General).....	(1988), 65 O.R. (2d) 737	123

K

K. (W.) v. Pornbacher	(1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360	449
K.L.B. c. Colombie-Britannique	[2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51	445
K.L.B. v. British Columbia	[2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51	445
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)	[1991] 2 R.C.S. 779	156
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779	156
Kirin Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.	[2002] E.W.J. No. 3792 (QL), [2002] EWCA Civ. 1096	934, 945
Kleindienst v. Mandel.....	408 U.S. 753 (1972).....	842
Kocotis v. D'Angelo	(1957), 13 D.L.R. (2d) 69	263
Kourtessis c. M.R.N.....	[1993] 2 R.C.S. 53	396
Kourtessis v. M.N.R.....	[1993] 2 S.C.R. 53	396
Kwiatkowski c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1982] 2 R.C.S. 856	231
Kwiatkowski v. Minister of Employment and Immigration	[1982] 2 S.C.R. 856	231

L

Lab Chrysotile Inc. c. Société Asbestos Ltée	[1993] R.D.J. 641.....	482
Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.	[1964] 1 All E.R. 465.....	359
Lajoie c. Québec (Commission québécoise d'examen)	[1994] R.J.Q. 607.....	511
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)	[1989] 1 R.C.S. 705	27
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)	[1989] 1 S.C.R. 705	27
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général).....	[2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61	475, 817
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)	[2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61	475, 817
Lavarack v. Woods of Colchester Ltd.....	[1967] 1 Q.B. 278	308
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497	108, 161
Law Society of New Brunswick v. Ryan.....	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20	617, 625, 693, 739
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	108, 161, 176
Libbey-Owens-Ford Glass Co. v. Ford Motor Co. of Canada.....	(1969), 1 Ex. C.R. 529	952
Libman c. Québec (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 569	836, 855
Libman v. Quebec (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 569	836, 855
Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.....	[1992] 4 All E.R. 512.....	659
Lishman v. Erom Roche Inc.	(1996), 68 C.P.R. (3d) 72	919
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice).....	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69	124
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69	124
Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée	[1997] 2 C.F. 3	938
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.....	(1992), 98 D.L.R. (4th) 1	945
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.....	[1997] 2 F.C. 3	938

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
M		
M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba.....	[1999] 2 R.C.S. 961	654
M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	[1999] 2 S.C.R. 961	654
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	189
Mack v. Canada (Attorney General).....	(2002), 60 O.R. (3d) 737	652
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)	[2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13	801
Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)	[2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13	801
Mahar v. Rogers Cablesystems Ltd.	(1995), 25 O.R. (3d) 690	638
Mandzuk v. Insurance Corporation of British Columbia	[1988] 2 S.C.R. 650	319
Maranda c. Richer.....	[2003] 3 R.C.S. 193, 2003 CSC 67	472
Martin v. City of Struthers	319 U.S. 141 (1943).....	842
Matane (Ville de) v. Fraternité des policiers et pompiers de la Ville de Matane inc.	[1987] R.J.Q. 315.....	36
McDonald v. Mombourquette.....	(1996), 152 N.S.R. (2d) 109	448
McFarlane v. Daniell.....	(1938), 38 S.R. 337	280
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	845
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229	845
McNeil v. Train.....	(1848), 5 U.C.Q.B. 91	65
Melanson c. Nouveau-Brunswick (Commission des accidents du travail)	(1994), 146 R.N.-B. (2 ^e) 294	820
Melanson v. New Brunswick (Workers' Compensation Board).....	(1994), 146 N.B.R. (2d) 294.....	820
Merck & Co. v. Apotex Inc.....	(1994), 59 C.P.R. (3d) 133	952
Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. v. H.N. Norton & Co.	[1996] R.P.C. 76	954
Merritt v. City of Toronto.....	(1895), 22 O.A.R. 205	495
Metzner v. Metzner.....	(1997), 34 B.C.L.R. (3d) 314	580, 595
Michelson v. United States	335 U.S. 469 (1948).....	209
Miglin v. Miglin.....	[2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24	571, 589
Milani v. Banks	(1997), 145 D.L.R. (4th) 55	265
Mills c. La Reine.....	[1986] 1 R.C.S. 863	396, 517
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863	396, 517
Minister of Municipal Affairs of New Brunswick v. Canaport Ltd.....	[1976] 2 S.C.R. 599	239
Ministre des Affaires municipales du Nouveau-Brunswick c. Canaport Ltd.....	[1976] 2 R.C.S. 599	239
Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.....	[1982] 4 W.W.R. 97	263, 280
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418	129
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	576, 595
Montreal Street Railway Co. v. Feigelman.....	(1912), 22 Que. K.B. 102	471
Moorhouse v. University of New South Wales.....	[1976] R.P.C. 151	362
Moreau v. St. Vincent.....	[1950] Ex. C.R. 198	348
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature) ..	[2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11	743
Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)	[2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11	743
Morgentaler c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 616	168
Morgentaler v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 616	168
Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'USD.....	[1985] 1 C.F. 3	405
Morin v. National SHU Review Committee.....	[1985] 1 F.C. 3	405
Morozuk c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 31	228
Morozuk v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 31	228

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
--------------------------------------	--------------------------	------

Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	654
Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.	[1953] 2 S.C.R. 182.....	361

N

N. (D.K.) v. O. (M.J.)	(2003), 41 R.F.L. (5th) 142.....	573
Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.....	[2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13	492
Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.....	[2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13	492
National Citizens' Coalition Inc. v. Attorney General of Canada	(1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249	864
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations) ..	[1990] 2 R.C.S. 1324	692
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	692
Needham v. Johnson and Co.....	(1884), 1 R.P.C. 49.....	944
Neider v. Carda of Peace River District Ltd.	[1972] S.C.R. 678.....	263
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.).....	[1999] 3 S.C.R. 46	135
New Brunswick v. O'Leary	[1995] 2 S.C.R. 967	750
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communau- taires) c. G. (J.).....	[1999] 3 R.C.S. 46	135
Nouveau-Brunswick c. O'Leary	[1995] 2 R.C.S. 967	750
Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh	[2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83	570, 600
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	[2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54	38, 128
Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh.....	[2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83	570, 600
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin.....	[2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54	38, 128

O

Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson	[1998] 3 R.C.S. 157	894
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W....	[2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48	134, 162, 181
Ogg-Moss c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 173	97, 144, 181
Ogg-Moss v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 173	97, 144, 181
Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada	[2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22	394, 655
Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada	[2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22	394, 655
Ontario Hydro v. Kelly	(1998), 39 O.R. (3d) 107	638
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	100
Ordre des audioprothésistes du Québec v. Chanteur	[1996] R.J.Q. 539.....	37
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	166
Osborne v. Canada (Treasury Board)	[1991] 2 S.C.R. 69	166

P

Pacific Press v. British Columbia (Attorney General).....	[2000] 5 W.W.R. 219, 2000 BCSC 248	881
Palmer v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 759	213
Panneaux Vicply inc. v. Guindon.....	J.E. 98-109	36
Park v. Parsons Brown & Co.	(1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107	308

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324	[2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42	622, 741
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324	[2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42	622, 741
Peel (Municipalité régionale) c. Canada	[1992] 3 R.C.S. 762	645
Peel (Regional Municipality) v. Canada	[1992] 3 S.C.R. 762	645
Pelletier v. Cour du Québec	[2002] R.J.Q. 2215	36
Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)	(1999), 131 C.C.C. (3d) 473	511, 531
Perka c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 232	168
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	168
Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)	[1999] 3 R.C.S. 375	764
Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)	[1999] 3 S.C.R. 375	764
Peter v. Beblow	[1993] 1 S.C.R. 980	604, 641
Peterborough Hydraulic Power Co. v. McAllister	(1908), 17 O.L.R. 145	71
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	645
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	691
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	691
Pfieffer et Pfieffer Inc. c. Javicoli	[1994] R.J.Q. 1	483
Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise	[1977] 1 R.C.S. 456	231
Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise	[1977] 1 S.C.R. 456	231
Pfizer Corp. v. Ministry of Health	[1965] A.C. 512	925, 955
Piercey v. General Bakeries Ltd.	(1986), 31 D.L.R. (4th) 373	123
Piercey v. Piercey	(1991), 31 R.F.L. (3d) 187, supplementary reasons (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 285	605
Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital	[2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21	508
Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)	[1989] 1 R.C.S. 1623	943
Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)	[1989] 1 S.C.R. 1623	943
Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs	[1969] S.C.R. 85	748
Poulin c. Prat	[1994] R.D.J. 301	479
Poulin c. Serge Morency et Associés inc.	[1999] 3 R.C.S. 351	762
Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television Ltd.	[1999] F.S.R. 610	369
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	663
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	493
Prud'homme v. Prud'homme	[2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85	802
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	616, 739
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	[1998] 1 S.C.R. 982	616, 739

Q

Quebec (Attorney General) v. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 S.C.R. 831	239
Quebec (Attorney General) v. Laroche	[2002] 3 S.C.R. 708, 2002 SCC 72	244
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)	[2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27	797
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)	[2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27	797

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours	[1994] 3 S.C.R. 3	744
Québec (Procureur général) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 R.C.S. 831	239
Québec (Procureur général) c. Deniso Lebel Inc.	[1996] R.J.Q. 1821.....	804
Québec (Procureur général) c. Laroche	[2002] 3 R.C.S. 708, 2002 CSC 72	244
Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Legault	[1989] R.J.Q. 229.....	477

R

R. v. Adams	[1995] 4 S.C.R. 707	397
R. v. Anandmalik	(1984), 6 O.A.C. 143	215
R. v. Anderson	(1982), 1 C.C.C. (3d) 267	402
R. v. Arcuri	[2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54	706
R. v. Asante-Mensah	[2003] 2 S.C.R. 3, 2003 SCC 38	143
R. v. Atkinson	[1994] 9 W.W.R. 485	154
R. v. Bell	[2001] O.J. No. 1820 (QL)	142
R. v. Bencardino	(1973), 15 C.C.C. (2d) 342	205
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	215
R. v. Bouchard	(1995), 45 C.R. (4th) 55	242
R. v. Brooks	[2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11	407
R. v. Brunczlik	(2002), 61 O.R. (3d) 321	511
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	846, 874
R. v. Campbell	(1977), 38 C.C.C. (2d) 6	147
R. v. Campbell	[1999] 1 S.C.R. 565	477, 818
R. v. Caouette	[2002] Q.J. No. 1055 (QL)	151
R. v. Capson	[1953] 1 S.C.R. 44	707
R. v. Charemski	[1998] 1 S.C.R. 679	714
R. v. Chartrand	[1994] 2 S.C.R. 864	239
R. v. Cinous	[2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29	706
R. v. Cook	[1997] 1 S.C.R. 1113	204
R. v. Côté	[1978] 1 S.C.R. 8	247
R. v. Cuerrier	[1998] 2 S.C.R. 371	121, 172, 179
R. v. Dunbar	(1982), 138 D.L.R. (3d) 221	819
R. v. Dunfield	(1990), 103 N.B.R. (2d) 172	155
R. v. Dupperon	(1984), 16 C.C.C. (3d) 453	102, 149
R. v. Farinacci	(1993), 86 C.C.C. (3d) 32	394
R. v. Fickes	(1994), 132 N.S.R. (2d) 314	212
R. v. Finlay	[1993] 3 S.C.R. 103	401
R. v. Fiqia	(1993), 145 A.R. 241	212
R. v. Fonder	[1993] Q.J. No. 238 (QL)	151
R. v. Fritz	(1987), 55 Sask. R. 302	142
R. v. G.C.C.	(2001), 206 Nfld. & P.E.I.R. 231	142
R. v. Gallant	(1993), 110 Nfld. & P.E.I.R. 174	151
R. v. Gautreau	(1989), 52 C.C.C. (3d) 410	401
R. v. Goforth	(1991), 98 Sask. R. 26	151
R. v. Graham	(1995), 160 N.B.R. (2d) 306	150
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263	476
R. v. Guignard	[2002] 1 S.C.R. 472, 2002 SCC 14	839

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Harriott	(1992), 128 N.B.R. (2d) 155.....	153
R. v. Hay	[1994] O.J. No. 2598 (QL)	392
R. v. Heywood.....	[1994] 3 S.C.R. 761	165
R. v. Hinchey	[1996] 3 S.C.R. 1128	172
R. v. Holmes.....	[2001] Q.J. No. 7640 (QL)	153
R. v. Howard	[1989] 1 S.C.R. 1337	196
R. v. James	[1998] O.J. No. 1438 (QL)	151
R. v. Jetté.....	(1999), 141 C.C.C. (3d) 52.....	395
R. v. Jobidon	[1991] 2 S.C.R. 714	136
R. v. Jorgensen	[1995] 4 S.C.R. 55	664
R. v. K. (M.).....	(1992), 74 C.C.C. (3d) 108.....	99, 151
R. v. Kearley (No. 2).....	[1994] 3 All E.R. 246.....	392
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697	840, 874
R. v. Kormos	(1998), 14 C.R. (5th) 312	171
R. v. Krause.....	[1986] 2 S.C.R. 466	205
R. v. L.A.K.....	(1992), 104 Nfld. & P.E.I.R. 118	154
R. v. LeBeau.....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 163.....	159
R. v. Lepage	(1989), 74 C.R. (3d) 368.....	172
R. v. Lewis	(1997), 153 D.L.R. (4th) 184.....	392
R. v. Li	(1984), 16 C.C.C. (3d) 382.....	172
R. v. Lifchus.....	[1997] 3 S.C.R. 320	407
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333	662
R. v. Lofthouse.....	(1990), 60 O.A.C. 320	399
R. v. Logiacco	(1984), 11 C.C.C. (3d) 374.....	207
R. v. Lucas	[1998] 1 S.C.R. 439	176
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	694
R. v. Mac	[2002] 1 S.C.R. 856, 2002 SCC 24	230
R. v. Malmo-Levine	[2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74	92, 172
R. v. Manning.....	(1994), 31 C.R. (4th) 54	168
R. v. Matsuba	(1993), 137 A.R. 34	172
R. v. McBurney	(1975), 24 C.C.C. (2d) 44	172
R. v. McClure	[2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14	477, 817
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72	146
R. v. McLaughlin	(1974), 15 C.C.C. (2d) 562	207
R. v. Meddoui	[1991] 3 S.C.R. 320	207
R. v. Meltzer	[1989] 1 S.C.R. 1764	396
R. v. Mercure	[1988] 1 S.C.R. 234	401
R. v. Morales	[1992] 3 S.C.R. 711	166
R. v. Morielli	[2000] R.J.Q. 364	242
R. v. Morris	(1981), 61 C.C.C. (2d) 163	169
R. v. Morrisey	[2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39	694
R. v. Murphy	(1996), 108 C.C.C. (3d) 414	151
R. v. N.S.....	[1999] O.J. No. 320 (QL)	143
R. v. Noble	[1997] 1 S.C.R. 874	394
R. v. Norman	(1993), 16 O.R. (3d) 295	212
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society.....	[1992] 2 S.C.R. 606	96, 158, 176, 880
R. v. O.J.....	[1996] O.J. No. 647 (QL)	155
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	131, 167, 183, 885

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Oickle	[2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38	407
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	206
R. v. Overvold	(1972), 9 C.C.C. (2d) 517	172
R. v. Owen	[2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33	503, 537
R. v. Pickard	[1995] B.C.J. No. 2861 (QL).....	142
R. v. Pinet	(1995), 23 O.R. (3d) 97	511
R. v. Plourde	(1993), 140 N.B.R. (2d) 273.....	150
R. v. Poole	[1997] B.C.J. No. 957 (QL).....	246
R. v. Potvin	[1993] 2 S.C.R. 880	24
R. v. Robillard	[2001] R.J.Q. 1	473
R. v. Robinson	[1986] Y.J. No. 99 (QL)	155
R. v. Ruzic	[2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24	144
R. v. S	(1974), 17 C.C.C. (2d) 181	172
R. v. S. (W.D.)	[1994] 3 S.C.R. 521	720
R. v. Saunders	[1990] 1 S.C.R. 1020	228
R. v. Schwartz	[1988] 2 S.C.R. 443	715
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	206
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	145, 181, 230, 744, 839, 874
R. v. Shearing	[2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58	208
R. v. Skidmore	Ont. C.J., No. 8414/99, June 27, 2000.....	151
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	108
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	199
R. v. Stone	[1999] 2 S.C.R. 290	705
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	189, 508
R. v. Tejani	(1999), 138 C.C.C. (3d) 366	236
R. v. Thibert	[1996] 1 S.C.R. 37	707
R. v. V.H.	[2001] N.J. No. 307 (QL)	155
R. v. V.L.	[1995] O.J. No. 3346 (QL)	153
R. v. Vivian	[1992] B.C.J. No. 2190 (QL).....	151
R. v. Wallick	(1990), 69 Man. R. (2d) 310.....	215
R. v. Wetmore	(1996), 172 N.B.R. (2d) 224.....	149
R. v. Wheeler	[1990] Y.J. No. 191 (QL)	151
R. v. White	[1999] 2 S.C.R. 417	157
R. v. Wholesale Travel Group Inc	[1991] 3 S.C.R. 154	845
R. v. Wismayer	(1997), 115 C.C.C. (3d) 18	695
R. v. Wood	(1995), 176 A.R. 223	151
R. v. Yarema	(1991), 3 O.R. (3d) 459	404
R. v. Zinck	[2003] 1 S.C.R. 41, 2003 SCC 6	434
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd... Rathwell v. Rathwell	[2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8	841
RBC Dominion Securities Inc. v. Dawson	[1978] 2 S.C.R. 436	648
Re Application of Abitibi Co	(1994), 111 D.L.R. (4th) 230.....	647
Re Application of Boussac	(1982), 62 C.P.R. (2d) 81	935, 941
Re Application of Boussac	CIPO, Commissioner's Decision No. 143, March 10, 1973	947
Re Application of Boussac	OPIC, décision du Commissaire n° 143, 10 mars 1973	947
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	92

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Re Cadeddu and The Queen	(1983), 4 C.C.C. (3d) 112	392
Re City of Vancouver and Vancouver Municipal and Regional Employees Union.....	(1983), 11 L.A.C. (3d) 121	751
Re Collins and The Queen.....	(1973), 13 C.C.C. (2d) 172	392
Re Edith Cavell Private Hospital and Hospital Employees' Union, Local 180	(1982), 6 L.A.C. (3d) 229	735
Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission	395 U.S. 367 (1969).....	842
Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan.....	[1947] S.C.R. 394	26
Reference re Alberta Statutes.....	[1938] S.C.R. 100	840
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148	800
Reference re Goods and Services Tax	[1992] 2 S.C.R. 445	652
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	189, 665
Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.).....	[1991] 2 S.C.R. 158	870
Reference re Secession of Quebec.....	[1998] 2 S.C.R. 217	800
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.).....	[1990] 1 S.C.R. 1123	104, 158
Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)	[1991] 2 R.C.S. 158	870
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	93
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123	104, 158
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	800
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445	652
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148	800
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	665
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	97, 744
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1995] 3 R.C.S. 199	847, 874
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199	847, 874
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	93
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General).....	[1993] 3 S.C.R. 519	93
Romania (State) v. Cheng	(1997), 119 C.C.C. (3d) 561	402
Rondel v. Worsley	[1969] 1 A.C. 191	214
Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.	[1976] 2 S.C.R. 147	647

S

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	[2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8	841
Saccharin Corp. v. Anglo-Continental Chemical Works, Ltd.	(1900), 17 R.P.C. 307	922, 952
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	188, 852
Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets.....	[1982] 1 C.F. 845	947
Schlumberger Canada Ltd. v. Commissioner of Patents	[1982] 1 F.C. 845	947
Schreiber c. Canada (Procureur général).....	[2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62	229
Schreiber v. Canada (Attorney General).....	[2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62	229
Sharwood & Co. v. Municipal Financial Corp.	(2001), 53 O.R. (3d) 470	647
Shell Canada Ltd. v. Canada.....	[1999] 3 S.C.R. 622	427
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	427

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)	[1994] 1 S.C.R. 231	493
Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets.....	[1982] 2 R.C.S. 536	947
Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents	[1982] 2 S.C.R. 536	947
Sillitoe v. McGraw-Hill Book Co. (U.K.)	[1983] F.S.R. 545	367
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	176, 231
Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co.	(1984), 3 C.P.R. (3d) 81	359
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	477, 816
Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc.	[1991] R.J.Q. 637	481
Société de développement de la Baie James c. Kanatewat.....	[1975] C.A. 166	56
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail).....	[1995] 1 R.C.S. 157	741
Solosky c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 821	816
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	816
Somerville v. Canada (Attorney General)	(1996), 184 A.R. 241	844, 864
Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fava	[1984] C.A. 639	481
Southam Inc. v. Canada	(1990), 55 C.C.C. (3d) 428	401
Sprint Canada Inc. v. Bell Canada	(1997), 79 C.P.R. (3d) 31	638
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219.....	[1986] 1 S.C.R. 704	750
Stacey v. Hill.....	[1901] 1 Q.B. 660	73
Stark v. Stark.....	(1990), 71 D.L.R. (4th) 446	594
State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.	149 F.3d 1368 (1998)	947
State v. Christensen.....	866 P.2d 533 (1993)	393
State v. Jones.....	551 P.2d 801 (1976)	396
State v. Makaila.....	897 P.2d 967 (1995)	393
State v. McGettrick	509 N.E.2d 378 (1987)	396
Stead v. Anderson	(1847), 4 C.B. 806, 136 E.R. 724	924
Steele v. Deputy Commissioner of Taxation	(1999), 161 A.L.R. 201	429
Steinberg v. Cohen.....	[1930] 2 D.L.R. 916	279
Stewart v. Cran-Vela Rental Co.	510 F.2d 982 (1975)	308
Still c. M.R.N.	[1998] 1 C.F. 549	262, 279
Still v. M.N.R.	[1998] 1 F.C. 549	262, 279
Streng v. Township of Winchester	(1986), 31 D.L.R. (4th) 734	123
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	101
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	625
Syndicat des employés de salaisons de Princeville Inc. c. Coopérative fédérée de Québec (succursale de Princeville)	[1976] R.D.T. 89	56
Syndicat des techniciens d'Hydro-Québec, section locale 957 (S.C.F.P.-F.T.Q.) c. Hydro-Québec.....	D.T.E. 92T-90	56

T

T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.....	[1999] 2 R.C.S. 1083	842
Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.....	[1998] 2 F.C. 22	352
Tenant c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 305	426
Tenant v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 305	426

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets.....	[1974] R.C.S. 111	947
Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents	[1974] S.C.R. 111	947
The "Reward"	(1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482	171
The "World Navigator"	[1991] 2 Lloyd's Rep. 23	308
The King v. American Optical Co.	(1950), 11 Fox Pat. C. 62.....	951
The Queen v. Farquhar Bethune Insurance Ltd.	[1982] C.T.C. 282	422
Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	[2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34	349
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 877	839, 855
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 877	839, 855
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	741
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	[2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63	51, 617, 625, 661, 739
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	[2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63	51, 617, 625, 661, 739
Toth v. Toth	(1995), 13 B.C.L.R. (3d) 1	579, 595
Transco Mills Ltd. v. Percan Enterprises Ltd.	(1993), 100 D.L.R. (4th) 359	70
Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.....	[2004] 1 S.C.R. 249, 2004 SCC 7	655
Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau	[1982] 2 S.C.R. 866	27
Trillium Computer Resources Inc. v. Taiwan Connection Inc.	(1994), 11 B.L.R. (2d) 1	265
Trudel v. Clairol Inc. of Canada	[1975] 2 S.C.R. 236	49

U

U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.	(1995), 62 C.P.R. (3d) 257	351
U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	52, 616, 739, 754
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083	841
Underhill v. Underhill	(1983), 45 B.C.L.R. 244	602
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 S.C.R. 316	619
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[1992] 1 R.C.S. 901	207
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	[1992] 1 S.C.R. 901	207
United States of America v. Dynar	[1997] 2 S.C.R. 462	246
United States v. Dellinger	472 F.2d 340 (1972).....	843
United States v. Dudley	739 F.2d 175 (1984).....	394
United States v. Matthews	787 F.2d 38 (1986).....	695
United States v. Moehlenkamp	557 F.2d 126 (1977).....	393
United States v. Oberlin	718 F.2d 894 (1983).....	394
United States v. Pauline	625 F.2d 684 (1980).....	394
United States v. Rorie	58 M.J. 399 (2003).....	393
United States v. Schumann	861 F.2d 1234 (1988).....	394
United Steelworkers of America, Local 12998 v. Liquid Carbonic Inc.....	(1996), 29 O.R. (3d) 468	754
University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.	[1916] 2 Ch. 601	351

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
--------------------------------------	--------------------------	------

V

Vetrovec c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 811	330, 407
Vetrovec v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 811	330, 407
Ville de Montréal v. ILGWU Center Inc.	[1974] S.C.R. 59	236
Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92.....	[2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23	740
Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720.....	[1980] 1 R.C.S. 178.....	619
Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720	[1980] 1 S.C.R. 178.....	619

W

Walker v. The King	[1939] S.C.R. 214	320
Warnford Investments Ltd. v. Duckworth.....	[1978] 2 All E.R. 517.....	70
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929	750
Welch v. The King	[1950] S.C.R. 412	396
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.	(1991), 39 C.P.R. (3d) 289	953
Western Electric Co. v. Baldwin International Radio of Canada	[1934] S.C.R. 570	944
Western Oil & Fuel Co. v. Kemp.....	245 F.2d 633 (1957).....	308
Wharf Properties Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue.....	[1997] 2 W.L.R. 334	419
Whirlpool Corp. v. Camco Inc.....	[2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67	915, 942
Whitehouse v. State	364 N.E.2d 1015 (1977)	393
William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter	(1989), 61 D.L.R. (4th) 1	264
Wilson c. La Reine.....	[1983] 2 R.C.S. 594	661
Wilson v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 594	661
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625	503, 536
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute).....	[1999] 2 S.C.R. 625	503, 536
Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.....	[2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48	134, 162, 181
Withers v. General Theatre Corp.	[1933] 2 K.B. 536	309
Wm. Scott & Co. and Canadian Food and Allied Workers Union, Local P-162	[1977] 1 Can. L.R.B.R. 1	748
Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.....	(1979), 22 O.R. (2d) 385	65

Y

Young v. Young	[1993] 4 S.C.R. 3	312
----------------------	-------------------------	-----

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Act to amend the Act respecting insurance and other legislative provisions</i> , S.Q. 2002, c. 70 s. 187	758	art. 2474	301
		art. 2858	465
<i>Code of ethics of notaries</i> , R.R.Q., c. N-2, r. 3 s. 4.02.01		<i>Code of ethics of notaries</i> , R.R.Q., c. N-2, r. 3 s. 4.02.01	3
B			
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-3 s. 65.2	60	<i>Copyright Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-42 s. 2 “every original literary, dramatic, musical and artistic work”	339
		s. 3(1)	339
		s. 29	339
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46 s. 43		<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46 s. 43	76
		s. 347	249
		s. 462.31	217
		s. 672.54	498, 528
		s. 686(1)(b)(iii)	193
C			
<i>Canada Elections Act</i> , S.C. 2000, c. 9 s. 323	827	F	
s. 350	827	<i>Family Relations Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 128 s. 65(1)	550
s. 351	827	s. 58(3)(e)	550
s. 352 to 357	827	s. 59(2)	550
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> s. 1	76, 827	I	
s. 2b)	827	<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) s. 8(1)(f)	411
s. 2d)	827		
s. 3	827	J	
s. 7	76	<i>Judges Act</i> , R.S.C. 1985, c. J-1 s. 41.1(1)	336
s. 12	76	<i>Judicial Review Procedure Act</i> , R.S.O. 1990, c. J.1 s. 10	809
s. 15(1)	76	L	
<i>Charter of Human Rights and Freedoms</i> , R.S.Q., c. C-12 s. 49	789	<i>Labour Code</i> , R.S.Q., c. C-27 s. 109.1(b)	43
s. 80	789		
<i>City of Calgary, Bylaw No. 91/77</i>	485		
<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64 art. 1260	758		
art. 1617	3		
art. 1619	3		
art. 2367	758		

	PAGE		PAGE
<i>Labour Relations Code</i> , R.S.A. 2000, c. L-1 s. 142.....	727	R	
<i>Law and Equity Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 253 s. 56.....	315	<i>Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 8</i> s. 2.01	3
M			
<i>Municipal Government Act</i> , S.A. 1994, c. M-26.1 s. 7	485	S	
s. 8	485	<i>Securities Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 418 s. 162	672
s. 9	485	s. 167	672
P			
<i>Patent Act</i> , R.S.C. 1985, c. P-4 s. 42.....	902	T	
		<i>Tax Court of Canada Act</i> , R.S.C. 1985, c. T-2 s. 18.25	411

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

C		L	
PAGE		PAGE	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1</i>	
art. 1	76, 827	art. 142	727
art. 2(b).....	827	<i>Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, ch. 253</i>	
art. 2(d).....	827	art. 56	315
art. 3	827	<i>Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985,</i>	
art. 7	76	ch. 1 (5 ^e suppl.)	
art. 12	76	art. 8(1)f)	411
art. 15(1).....	76	<i>Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9</i>	
<i>Charte des droits et libertés de la personne,</i>		art. 323	827
L.R.Q., ch. C-12		art. 350	827
art. 49	789	art. 351	827
art. 80	789	art. 352 à 357	827
<i>Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64</i>		art. 359	827
art. 1260	758	art. 360	827
art. 1617	3	art. 362	827
art. 1619	3	<i>Loi modifiant la Loi sur les assurances et</i>	
art. 2367	758	<i>d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002,</i>	
art. 2474	301	ch. 70	
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>		art. 187	758
art. 43	76	<i>Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C.</i>	
art. 347	249	1985, ch. T-2	
art. 462.31	217	art. 18.25	411
art. 672.54	498, 528	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C.</i>	
art. 686(1)b)(iii)	193	1985, ch. B-3	
<i>Code de déontologie des notaires, R.R.Q.,</i>		art. 65.2	60
ch. N-2, r. 3		<i>Loi sur la procédure de révision judiciaire,</i>	
art. 4.02.01	3	L.R.O. 1990, ch. J.1	
<i>Code du travail, L.R.Q., ch. C-27</i>		art. 10	809
art. 109.1b).....	43	<i>Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985,</i>	
		ch. C-42	
		art. 2 « toute œuvre littéraire, dramatique,	
		musicale ou artistique originale »	339
		art. 3(1).....	339
		art. 29	339
<i>Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128</i>		<i>Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4</i>	
art. 65(1)	550	art. 42	902
art. 58(3)e)	550		
art. 59(2)	550		

	PAGE		PAGE
<i>Loi sur les juges</i> , L.R.C. 1985, ch. J-1 art. 41.1(1).....	336	R	
		<i>Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 8</i> art. 2.01	3
		S	
<i>Municipal Government Act</i> , S.A. 1994, ch. M-26.1 art. 7	485	<i>Securities Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 418 art. 162	672
art. 8	485	art. 167	672
art. 9	485		
		V	
		Ville de Calgary, Règlement n° 91/77.....	485

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Alberta. <i>Alberta Hansard</i> , vol. II, 21 ^e lég., 3 ^e sess., 7 juin 1988, p. 1553.....	746
Alberta. <i>Alberta Hansard</i> , vol. II, 21st Leg., 3rd Sess., June 7, 1988, p. 1553.	746
<i>American Jurisprudence</i> , vol. 22, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1988.....	308
American Law Institute. <i>Restatement (Second) of Contracts</i> , vol. 3. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1981.	308
Anonyme. « Rôle du notaire dans l'acte sous seing privé » (1911), 14 <i>R. du N.</i> 56.....	21
Ashworth, Andrew. <i>Principles of Criminal Law</i> , 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.	136
Ashworth, Andrew. <i>Sentencing and Criminal Justice</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2003.....	695
Association du Barreau canadien. Comité spécial sur la déontologie juridique. <i>Code de déontologie professionnelle</i> . Toronto : L'Association, 1988.....	20
Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal. <i>Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada</i> . Ottawa : Association du Barreau canadien, 1992.....	172
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 6 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.....	28
Baudouin, Jean-Louis. <i>Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve</i> . Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.....	470
Bernard, Claire. "Corporal Punishment as a Means of Correcting Children". Quebec: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, November 1998.....	133
Bernard, Claire. « Le châtiment corporel comme moyen de corriger les enfants ». Québec : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, novembre 1998.	133
<i>Black's Law Dictionary</i> , 7th ed. by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "transfer".	237
Blackstone, William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , t. 4. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris : Bossange, 1823.....	121
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.	121
Brauti, Peter M. "Improper Cross-Examination" (1998), 40 <i>Crim. L.Q.</i> 69.	212
Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. <i>Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law</i> . Toronto: Emond Montgomery, 1993.	471, 769

British Columbia. Law Reform Commission. <i>Report on Standardized Assumptions for Calculating Income Tax Gross-up and Management Fees in Assessing Damages</i> . Vancouver: The Commission, 1994.....	321
British Columbia. Law Reform Commission. Working Paper No. 63. <i>Property Rights on Marriage Breakdown</i> . Vancouver: The Commission, 1989.....	589
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, <i>Canadian Labour Arbitration</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003.....	741
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 2003.....	37
Canada. Bureau des brevets. <i>Recueil des pratiques du Bureau des brevets</i> . Ottawa-Hull : Industrie Canada, Office de la propriété intellectuelle du Canada, 1998.....	940
Canada. Canadian Committee on Corrections. <i>Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969.....	112
Canada. Canadian Sentencing Commission. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach: Report of The Canadian Sentencing Commission</i> . Ottawa: The Commission, 1987.....	695
Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.....	112
Canada. Comité des dépenses électorales. <i>Rapport du Comité des dépenses électorales</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.....	864
Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. <i>Réformer la sentence : une approche canadienne : Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine</i> . Ottawa : La Commission, 1987.....	695
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 38. <i>Les voies de fait</i> . Ottawa : La Commission, 1984.....	113
Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. <i>Pour une démocratie électorale renouvelée : Rapport final</i> . Ottawa : La Commission, 1991.....	855
Canada. Committee on Election Expenses. <i>Report of the Committee on Election Expenses</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1966.....	864
Canada. Department of Justice. <i>Reforming the General Part of the Criminal Code: A Consultation Paper</i> . Ottawa, 1994.....	172
Canada. <i>La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada</i> . Ottawa, 1980.....	123
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 38. <i>Assault</i> . Ottawa: The Commission, 1984.....	113
Canada. Ministère de la Justice. <i>Projet de réforme de la Partie générale du Code criminel : Document de consultation</i> . Ottawa, 1994.....	172
Canada. Patent Office. <i>Manual of Patent Office Practice</i> . Ottawa-Hull: Industry Canada, Canadian Intellectual Property Office, 1998.....	940
Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. <i>Reforming Electoral Democracy: Final Report</i> . Ottawa: The Commission, 1991.....	855
Canada. <i>The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada</i> . Ottawa, 1980.....	123
Canadian Bar Association. Criminal Recodification Task Force. <i>Principles of Criminal Liability: Proposals for a New General Part of the Criminal Code of Canada</i> . Ottawa: Canadian Bar Association, 1992.....	172

Canadian Bar Association. Special Committee on Legal Ethics. <i>Code of Professional Conduct</i> . Toronto: The Association, 1988.....	20
Canadian Biotechnology Advisory Committee. <i>Patenting of Higher Life Forms and Related Issues: Report to the Government of Canada Biotechnology Ministerial Coordinating Committee</i> . Ottawa: The Committee, June 2002.....	957
Cantin Cumyn, Madeleine. <i>Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui</i> , sous la direction de Paul-A. Crépeau. Cowansville, Qué. : 2000.....	773
Cardinal, Alain. « Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat » (1984), 44 <i>R. du B.</i> 237..	471
Cole, David P., and Allan Manson. "Pardons and the Royal Prerogative of Mercy". In <i>Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review</i> . Toronto: Carswell, 1990.....	398
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.....	171
Comité consultatif canadien de la biotechnologie. <i>Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada</i> . Ottawa : Le Comité, juin 2002	95
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 1982, "original"....	353
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "utilize", "use".....	55
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "use".....	918
Constantineau, Albert. <i>A Treatise on the De Facto Doctrine</i> . Toronto: Canadian Law Book, 1910.	666
Cornu, Gérard, dir., <i>Vocabulaire juridique</i> , 8 ^e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2000, « transfert ».....	237
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.....	230, 752, 776
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.....	230, 752, 776
Craies, William Feilden. <i>Craies on Statute Law</i> , 7th ed. by S. G. G. Edgar. London: Sweet and Maxwell, 1971.....	776
Craig, Carys J. "Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law" (2002), 28 <i>Queen's L.J.</i> 1.....	355
Crawford, William E. "Taxation and Retirement Planning" (1995), 43 <i>Can. Tax J.</i> 1343.	778
Cross, Rupert, and Colin Tapper. <i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 9th ed. London: Butterworths, 1999.	714
Digesta. <i>Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien</i> , livre L, titre XVI. Metz : Behmer et Lamort, 1805.....	769
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	249, 494, 744
Feasby, Colin. "Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter: The Emerging Egalitarian Model" (1999), 44 <i>McGill L.J.</i> 5.....	868
Fiss, Owen M. <i>The Irony of Free Speech</i> . Cambridge: Harvard University Press, 1996.....	868
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.	310
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.....	919
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.	280

Fridman, Gerald Henry Louis. <i>Restitution</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.....	659
Fridman, Gerald Henry Louis. <i>The Law of Torts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002.....	310
Gagnon, Robert P. <i>Le droit du travail du Québec : pratiques et théories</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.....	52
German, Peter M. <i>Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1998.....	244
Gervais, Daniel J. "Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law" (2002), 49 <i>J. Copyright Soc'y U.S.A.</i> 949.....	353
Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.....	647
Gold, E. Richard, and Wendy A. Adams. "The Monsanto decision: The edge or the wedge" (2001), 19 <i>Nat. Biotechnol.</i> 587.....	939
Goldfarb, Clifford S. "The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease". In H. M. Haber, ed., <i>Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002, 157.....	70
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « utiliser ».....	55
Grassby, Miriam. "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 <i>R.F.L.</i> (3d) 369.....	596
Greene, Sharon D. "The Unconstitutionality of Section 43 of the Criminal Code: Children's Right to be Protected from Physical Assault, Part 1" (1999), 41 <i>Crim. L.Q.</i> 288.....	156
Handa, Sunny. <i>Copyright Law in Canada</i> . Markham, Ont.: Butterworths, 2002.....	351
Hétu, Jean. "Droit judiciaire: De minimis non curat praetor: une maxime qui a toute son importance!" (1990), 50 <i>R. du B.</i> 1065.....	171
Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. <i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 21st ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.....	310
Hitchcock, P. D. "Home Copying and Authorization" (1983), 67 <i>C.P.R.</i> (2d) 17.....	361
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (loose-leaf updated 2003, release 1).....	158
Hughes, Roger T., et al. <i>Hughes and Woodley on Patents</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 1984.....	954
Johnston, Richard, et al. <i>Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election</i> . Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992.....	856
Johnston, Richard. "The Volume and Impact of Third-Party Advertising in the 1988 Election", preliminary study. University of British Columbia, December 1990.	856
Kierans, Patrick E., and Rowena Borenstein. "Injunctions — Interlocutory and Permanent". In Ronald E. Dimock, ed., <i>Intellectual Property Disputes: Resolutions & Remedies</i> , vol. 2. Toronto: Thomson/Carswell, 2002, 15-1.....	378
Lange, Donald J. <i>The Doctrine of Res Judicata in Canada</i> . Markham, Ont.: Butterworths, 2000.....	661
Lem, Jeffrey W., and Stefan T. Proniuk. "Goodbye 'Cummer-Yonge': A Review of Modern Developments in the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants" (1993), 1 <i>D.R.P.L.</i> 419.....	73
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 7th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2001.	310

DOCTRINE CITÉE	li PAGE
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 6 ^e éd. Markham, Ont. : Butterworths, 2001.....	310
Litman, Jessica. "The Public Domain" (1990), 39 <i>Emory L.J.</i> 965.....	355
Lluelles, Didier. <i>Précis des assurances terrestres</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.....	769
Macdonald, Roderick A. "Jurisdiction, Illegality and Fault: An Unholy Trinity" (1985), 16 <i>R.G.D.</i> 69.....	803
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. <i>The Law of Restitution</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.....	647
Manson, Allan. <i>The Law of Sentencing</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.....	434
Marquis, Paul-Yvan. <i>La responsabilité civile du notaire</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.....	21
Marsh, Norman S. "The Severance of Illegality in Contract" (1948), 64 <i>L.Q.R.</i> 230 and 347.....	268
Martin, John C. <i>The Criminal Code of Canada</i> . Toronto: Cartwright, 1955.....	156
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , 5 th ed., vol. 2. St. Paul, Minn.: West Group, 1999..	714
McGillivray, Anne. "'He'll learn it on his body': Disciplining childhood in Canadian law" (1997), 5 <i>Int'l J. Child. Rts.</i> 193.....	156
McGillivray, Anne. "R. v. K. (M.): Legitimating Brutality" (1993), 16 <i>C.R.</i> (4th) 125.....	157
McInnes, Mitchell. "Unjust Enrichment — Restitution — Absence of Juristic Reason: <i>Campbell v. Campbell</i> " (2000), 79 <i>Can. Bar Rev.</i> 459.....	649
McKeown, John S. <i>Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> , 4 th ed. Toronto: Thomson/ Carswell, 2003 (loose-leaf).	361
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Mewett & Manning on Criminal Law</i> , 3 rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.....	168
Morissette, Yves-Marie, et Daniel W. Shuman. « Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve » (1984), 25 <i>C. de D.</i> 501.	469
Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. <i>Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention</i> , Trente-quatrième session, CRC/C/15/Add.215 (2003).	164
Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. <i>Rapport adopté par le Comité à sa 209^{ème} séance, le 27 janvier 1995</i> , Huitième session, CRC/C/38.....	163
Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. <i>Rapport adopté par le Comité à sa 233^{ème} séance, le 9 juin 1995</i> , Neuvième session, CRC/C/43.....	164
Nations Unies. <i>Rapport du Comité des droits de l'homme</i> , vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquantième session, suppl. n° 40 (A/50/40) (1995).	162
Nations Unies. <i>Rapport du Comité des droits de l'homme</i> , vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-quatrième session, suppl. n° 40 (A/54/40) (1999).	162
Nations Unies. <i>Rapport du Comité des droits de l'homme</i> , vol. I, Doc. off. AG NU, Cinquante-cinquième session, suppl. n° 40 (A/55/40) (2000).....	162
<i>New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "countenance".	361
Newell, Peter. <i>Children Are People Too: The Case Against Physical Punishment</i> . London: Bedford Square Press, 1989.	133
<i>Nouveau Petit Robert</i> , dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd. du Petit Robert. Paris : Le Robert, 2002, « transfert ».....	237

<i>Nouveau Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française.</i> Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « exploiter ».....	918
<i>Nouveau Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française.</i> Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « original ».....	353
<i>Nouveau Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française.</i> Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « préventif ».....	697
<i>Nouveau Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française.</i> Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « réglementer ».....	496
Ontario. Ministère de la Santé. <i>Manuel des directives de fonctionnement des hôpitaux psychiatriques provinciaux</i> , N° 10a-35-01, s. 4, 16 juin 1995.	523
Ontario. Ministry of Health and Long-Term Care. <i>Assessment, Treatment and Community Reintegration of the Mentally Disordered Offender</i> . Final Report of the Forensic Mental Health Services Expert Advisory Panel. Toronto: Ministry of Health and Long-Term Care, December 2002.	521
Ontario. Ministry of Health. <i>Manual of Operating Guidelines for Provincial Psychiatric Hospitals</i> , No. 10a-35-01, s. 4, June 16, 1995.....	523
Orkin, Mark M. <i>The Law of Costs</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2003).	313
<i>Oxford English Dictionary</i> , vol. IV, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “discipline”.....	746
<i>Oxford English Dictionary</i> , vol. XII, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “preventive”.....	697
<i>Oxford English Dictionary</i> , vol. XIII, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “regulate”.....	496
Payne, Julien D. <i>Payne on Divorce</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.	571
Posner, Richard A. “An Economic Theory of the Criminal Law” (1985), 85 <i>Colum. L. Rev.</i> 1193.....	695
Ricketson, Sam. <i>The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986</i> . London: Kluwer, 1987.	353
Roy, Alain. <i>Déontologie et procédure notariales</i> . Montréal : Thémis, 2002.....	14
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.	466
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 5th ed. Toronto: Butterworths, 1999.	694
Ryan, Russell G. “Securities Enforcement: Civil Penalties in SEC Enforcement Cases: A Rising Tide” (2003), 17 <i>Insights</i> 17.	695
Shaffer, Martha, and Daniel S. Melamed. “Separation Agreements Post-Moge, Willick and <i>L.G. v. G.B.</i> : A New Trilogy?” (1999), 16 <i>Can. J. Fam. L.</i> 51.....	571
Sharpe, Robert J., Katherine E. Swinton and Kent Roach. <i>The Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.	188
Siebrasse, Norman. “A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 <i>C.I.P.R.</i> 79.	938
Smith, Lionel. “The Mystery of ‘Juristic Reason’” (2000), 12 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 211.	649
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.	213, 466
Strauss, S. A. “Book Review of <i>South African Criminal Law and Procedure</i> by E. M. Burchell, J. S. Wylie and P. M. A. Hunt” (1970), 87 <i>So. Afr. L.J.</i> 471.....	171

DOCTRINE CITÉE	liii PAGE
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.....	156
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Dredger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.....	494, 752
Thorley, Simon, et al. <i>Terrell on the Law of Patents</i> , 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.....	923
United Nations. Committee on the Rights of the Child. <i>Consideration of Reports Submitted by State Parties Under Article 44 of the Convention</i> , Thirty-fourth Session, CRC/C/15/Add.215 (2003).....	164
United Nations. Committee on the Rights of the Child. <i>Report adopted by the Committee at its 209th meeting on 27 January 1995</i> , Eighth Session, CRC/C/38.....	163
United Nations. Committee on the Rights of the Child. <i>Report adopted by the Committee at its 233rd meeting on 9 June 1995</i> , Ninth Session, CRC/C/43.....	164
United Nations. <i>Report of the Human Rights Committee</i> , vol. I, UN GAOR, Fiftieth Session, Supp. No. 40 (A/50/40) (1995).....	162
United Nations. <i>Report of the Human Rights Committee</i> , vol. I, UN GAOR, Fifty-fourth Session, Supp. No. 40 (A/54/40) (1999).....	162
United Nations. <i>Report of the Human Rights Committee</i> , vol. I, UN GAOR, Fifty-fifth Session, Supp. No. 40 (A/55/40) (2000).....	162
Vaver, David. <i>Copyright Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2000.....	362
Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.....	920
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.....	280
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 2003.....	308
Walton, Frederick Parker. <i>Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada</i> . Toronto : Butterworths, 1980.....	471
Walton, Frederick Parker. <i>The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1980.....	471
Weitzman, Lenore J. <i>The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America</i> . New York: Free Press, 1985.....	599
Williston, Samuel. <i>A Treatise on the Law of Contracts</i> , vol. 11, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Mount Kisco, N.Y.: Baker, Voorhis, 1968.....	308
Ziegel, Jacob S. "Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law" (1981), 59 <i>Can. Bar Rev.</i> 188.....	297
Ziegel, Jacob S. "Criminal Usury, Class Actions and Unjust Enrichment in Canada" (2002), 18 <i>J. Contract L.</i> 121.....	647
Ziegel, Jacob S. "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11 <i>Can. Bus. L.J.</i> 233.....	275

Colleen Pritchard *Appellant*

v.

**Ontario Human Rights
Commission** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Canadian Human Rights Commission
and Manitoba Human Rights
Commission** *Intervenors*

**INDEXED AS: PRITCHARD *v.* ONTARIO (HUMAN
RIGHTS COMMISSION)**

Neutral citation: 2004 SCC 31.

File No.: 29677.

Hearing and judgment: March 23, 2004.

Reasons delivered: May 14, 2004.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Barristers and solicitors — Solicitor-client privilege — In-house counsel — Legal opinions — Whether legal opinion prepared by in-house counsel for administrative board protected by solicitor-client privilege.

Administrative law — Judicial review — Solicitor-client privilege — In-house counsel — Legal opinions — Complainant seeking production of legal opinion prepared by Human Rights Commission's in-house counsel — Whether legal opinions prepared by in-house counsel protected by solicitor-client privilege.

Administrative law — Judicial review — Procedure — Record of proceedings — Solicitor-client privilege — Decision-maker served with notice of application for judicial review of its decision must file in court for use in application record of proceedings in which decision was made — Whether expression "record of the proceedings" in s. 10 of Ontario Judicial Review Procedure Act abrogates solicitor-client privilege — Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 10.

Colleen Pritchard *Appelante*

c.

**Commission ontarienne des droits
de la personne** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
Commission canadienne des droits
de la personne et Commission des droits
de la personne du Manitoba** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PRITCHARD *v.* ONTARIO
(COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE)**

Référence neutre : 2004 CSC 31.

Nº du greffe : 29677.

Audition et jugement : 23 mars 2004.

Motifs déposés : 14 mai 2004.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

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

Avocats et procureurs — Privilège avocat-client — Avocat interne — Avis juridique — L'avis juridique établi par un avocat interne pour un organisme administratif est-il protégé par le privilège avocat-client?

Droit administratif — Révision judiciaire — Privilège avocat-client — Avocat interne — Avis juridique — Plaignante ayant demandé la production d'un avis juridique établi par l'avocate interne de la Commission des droits de la personne — L'avis juridique établi par un avocat interne est-il protégé par le privilège avocat-client?

Droit administratif — Révision judiciaire — Procédure — Dossier de l'instance — Privilège avocat-client — L'organe décisionnel auquel est signifié une requête en révision judiciaire de sa décision doit déposer à la cour, aux fins de la requête, le dossier de l'instance d'où émane la décision — L'expression « dossier de l'instance » employée à l'art. 10 de la Loi sur la procédure de révision judiciaire de l'Ontario a-t-elle pour effet d'écartier le privilège avocat-client? — Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 10.

The appellant filed a complaint with the Ontario Human Rights Commission against her former employer. She later sought judicial review of the Commission's decision not to deal with most of her complaint. When the Commission refused her request for the production of various documents, including a legal opinion provided to the Commission by in-house counsel, the appellant brought a motion before a judge of the Divisional Court for the production of all documents that were before the Commission when it made its decision, including the legal opinion. The motion was granted. On appeal on the sole issue of the production of the legal opinion, a three-judge panel of the Divisional Court upheld the motions judge's decision. The Court of Appeal set aside the orders pertaining to the legal opinion, holding that the opinion was privileged.

Held: The appeal should be dismissed.

Solicitor-client privilege applies to a broad range of communications between lawyer and client and applies with equal force in the context of advice given to an administrative board by in-house counsel as it does to advice given in the realm of private law. If an in-house lawyer is conveying advice that would be characterized as privileged, the fact that that lawyer is "in-house" does not remove the privilege and does not change its nature. Owing to the nature of the work of in-house counsel, often having both legal and non-legal responsibilities, each situation must be assessed on a case-by-case basis to determine if privilege arose in the circumstances. Here, the communication between the Commission and its in-house counsel was a legal opinion and protected by solicitor-client privilege.

Procedural fairness does not require the disclosure of a privileged legal opinion and does not affect solicitor-client privilege. Both may co-exist without being at the expense of each other. In this case, the appellant was aware of the case to be met without production of the legal opinion. Further, legislation purporting to limit or deny solicitor-client privilege must be interpreted restrictively; this privilege cannot be abrogated by inference. "[R]ecord of the proceedings" in s. 10 of the Ontario *Judicial Review Procedure Act* does not include privileged communications from in-house counsel. Section 10 does not clearly or unequivocally express an intention to abrogate solicitor-client privilege and does not stipulate that the "record" includes legal opinions. Finally, the common interest exception to solicitor-client privilege does not apply to an administrative board with respect to the parties before it.

L'appelante a déposé devant la Commission ontarienne des droits de la personne une plainte contre son ancien employeur. Elle a par la suite demandé la révision judiciaire de la décision de la Commission de ne pas traiter la plus grande partie de sa plainte. Étant donné le refus de la Commission de produire divers documents, dont un avis juridique que lui avait remis une avocate interne, l'appelante a demandé à une juge de la Cour décisionnaire, par voie de requête, de contraindre la Commission à produire tous les documents qu'elle avait en sa possession au moment de rendre sa décision, y compris l'avis juridique. La requête a été accueillie. Dans le cadre de l'appel interjeté relativement à la seule question de la protection de l'avis juridique, une formation de trois juges de la Cour divisionnaire a confirmé la décision de la juge des requêtes. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé les ordonnances concernant l'avis juridique, statuant que celui-ci constituait une communication privilégiée.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le privilège avocat-client protège une vaste gamme de communications entre avocat et client; il vise tant l'avis donné à un organisme administratif par un avocat salarié que l'avis donné dans le contexte de l'exercice privé du droit. Lorsqu'un avocat salarié donne des conseils que l'on qualifierait de privilégiés, le fait qu'il est un avocat « interne » n'écarte pas l'application du privilège ni n'en modifie la nature. Vu la nature du travail d'un avocat interne, dont les fonctions sont souvent à la fois juridiques et non juridiques, chaque situation doit être évaluée individuellement pour déterminer si le privilège s'applique dans les circonstances. En l'espèce, la communication entre la Commission et son avocate interne constituait un avis juridique et était protégée par le privilège avocat-client.

L'équité procédurale n'exige pas la divulgation d'un avis juridique protégé par le privilège avocat-client et n'a pas d'incidence sur ce privilège. Les deux principes peuvent coexister sans que l'un ne nuise à l'autre. En l'espèce, l'appelante connaissait la preuve qu'elle devait réfuter. En outre, un texte législatif visant à limiter ou à écarter l'application du privilège avocat-client doit être interprété restrictivement : ce privilège ne peut être supprimé par inférence. Le « dossier de l'instance » visé à l'art. 10 de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* de l'Ontario ne comprend pas l'avis d'un avocat interne constituant une communication privilégiée. L'article 10 n'exprime pas clairement et sans équivoque l'intention d'écarter le privilège avocat-client ni ne précise que le « dossier » comprend les avis juridiques. Enfin, l'exception fondée sur l'intérêt commun ne permet pas d'écarter le privilège avocat-client dans le cas d'une instance administrative et des parties qui se présentent devant elle.

Cases Cited

Considered: *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; **not followed:** *Melanson v. New Brunswick (Workers' Compensation Board)* (1994), 146 N.B.R. (2d) 294; **referred to:** *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221; *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.
Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 34, 37, 39(6) [ad. 1994, c. 27, s. 65(18); am. 2002, c. 18, Sch. C, s. 1(12)].
Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 10.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2003), 63 O.R. (3d) 97, 167 O.A.C. 356, 223 D.L.R. (4th) 85, 22 C.C.E.L. (3d) 201, 27 C.P.C. (5th) 223, [2003] O.J. No. 215 (QL), setting aside a judgment of the Divisional Court, [2002] O.J. No. 1169 (QL), ordering the production of a legal opinion prepared by an in-house counsel of the Ontario Human Rights Commission. Appeal dismissed.

Geri Sanson and Mark Hart, for the appellant.

Anthony D. Griffin and Hart Schwartz, for the respondent.

Christopher M. Rupar, for the intervener Attorney General of Canada.

Leslie M. McIntosh, for the intervener Attorney General of Ontario.

Andrea Wright and Monette Maillet, for the intervener Canadian Human Rights Commission.

Aaron L. Berg, for the intervener Manitoba Human Rights Commission.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; **arrêt non suivi :** *Melanson c. Nouveau-Brunswick (Commission des accidents du travail)* (1994), 146 R.N.-B. (2^e) 294; **arrêts mentionnés :** *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *R. c. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221; *Buttes Gas & Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 34, 37, 39(6) [aj. 1994, ch. 27, art. 65(18); mod. 2002, ch. 18, ann. C, art. 1(12)].
Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 10.
Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2003), 63 O.R. (3d) 97, 167 O.A.C. 356, 223 D.L.R. (4th) 85, 22 C.C.E.L. (3d) 201, 27 C.P.C. (5th) 223, [2003] O.J. No. 215 (QL), qui a annulé un jugement de la Cour divisionnaire, [2002] O.J. No. 1169 (QL), ordonnant la production d'un avis juridique établi par une avocate interne de la Commission ontarienne des droits de la personne. Pourvoi rejeté.

Geri Sanson et Mark Hart, pour l'appelante.

Anthony D. Griffin et Hart Schwartz, pour l'intimée.

Christopher M. Rupar, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Leslie M. McIntosh, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Andrea Wright et Monette Maillet, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Aaron L. Berg, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

- 1 The appellant, Ms. Colleen Pritchard, filed a human rights complaint with the respondent Ontario Human Rights Commission, against her former employer Sears Canada Inc., alleging gender discrimination, sexual harassment and reprisal. The Commission decided, pursuant to s. 34(1)(b) of the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19 ("Code"), not to deal with her complaint. The appellant sought judicial review and brought a motion for production of all documents that were before the Commission when it made its decision, including a legal opinion provided to the Commission by in-house counsel.
- 2 The motions judge, MacFarland J. of the Divisional Court, ordered production and a three-judge panel of that court later upheld that decision. The Ontario Court of Appeal overturned the decision, holding instead that the opinion was privileged. The appeal was dismissed with reasons to follow.
- II. Factual Background
- 3 The appellant's employment with Sears was terminated on July 19, 1996. In January 1997 she filed a human rights complaint alleging that she had been subjected to gender discrimination, sexual harassment and reprisal. With regard to reprisal, the complaint alleged that the appellant was denied re-employment for an advertised position in December 1996 because of earlier complaints she made to the Commission (in 1994) regarding sexual harassment and discrimination, and Sears' failure to deal with the issues she raised appropriately.
- 4 On January 20, 1998, the Commission decided, pursuant to s. 34(1)(b) of the Code, not to deal with

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

L'appelante, M^{me} Colleen Pritchard, a déposé devant l'intimée, la Commission ontarienne des droits de la personne, une plainte contre son ancien employeur, Sears Canada Inc., alléguant avoir été victime de discrimination fondée sur le sexe, de harcèlement sexuel et de représailles. En application de l'al. 34(1)b du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19 (le « Code »), la Commission a décidé de ne pas traiter la plainte. L'appelante a demandé la révision judiciaire de cette décision et présenté une requête pour contraindre la Commission à produire tous les documents qu'elle avait en sa possession au moment de rendre sa décision, y compris l'avis juridique de son avocate interne.

À l'audience, la juge des requêtes MacFarland, de la Cour divisionnaire, a ordonné la production des documents demandés, ordonnance qu'une formation de trois juges de cette cour a ultérieurement confirmée. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision, estimant plutôt que l'avis juridique était une communication privilégiée. L'appel a été rejeté, avec motifs à suivre.

II. Contexte factuel

Le 19 juillet 1996, Sears a mis fin à l'emploi de l'appelante. En janvier 1997, cette dernière a saisi la Commission d'une plainte dans laquelle elle alléguait avoir fait l'objet de discrimination fondée sur le sexe, de harcèlement sexuel et de représailles. En ce qui concerne les représailles, l'appelante soutenait que Sears avait refusé de la reprendre dans un poste annoncé en décembre 1996 en raison de plaintes déposées à la Commission en 1994 pour harcèlement sexuel et discrimination, et omission de l'employeur de prendre des mesures à l'égard des problèmes qu'elle avait signalés à bon droit.

Le 20 janvier 1998, en application de l'al. 34(1)b du Code, la Commission a refusé de traiter

most of the appellant's complaint. The Commission was of the view that the appellant had acted in bad faith in bringing the complaint because she had previously signed a release which expressly released Sears from any claims under the Code.

In particular, it stated that she released Sears from any claims relating to her employment including "any claims for severance or termination pay under the *Employment Standards Act* or claims under the *Human Rights Code*". In exchange for the release, the appellant was paid her statutory entitlement under the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14, plus two weeks salary.

On June 23, 1998, the Commission decided, pursuant to an application by the appellant for reconsideration under s. 37 of the Code, not to deal with the termination issues; in essence, they upheld the January 20 decision not to address most of the complaint.

On October 28, 1998, the appellant commenced an application for judicial review of the Commission's decisions. The Commission did not defend the application. Instead, it provided the court and the appellant with a letter from its legal counsel setting out the reasons why it would not defend the application and why the entire complaint should be remitted for investigation. The Commission also offered to settle the matter, over the objections of Sears. The Superior Court of Justice, Divisional Court, quashed the Commission's decisions, finding that the Commission had misinterpreted the meaning of "bad faith", and had applied the wrong criteria in its reconsideration ((1999), 45 O.R. (3d) 97). The matter was remitted back to the Commission for a redetermination under s. 34 of the Code. An appeal by Sears was dismissed.

In its consideration of the complaint anew, the Commission again exercised its discretion under s. 34(1)(b) of the Code not to deal with most of the appellant's complaint. On December 20, 2000, the

la majeure partie de la plainte de l'appelante. Elle estimait que l'appelante avait agi de mauvaise foi en présentant une plainte puisque, auparavant, elle avait expressément renoncé à toute demande fondée sur le Code.

Plus particulièrement, le document signé par l'appelante précisait qu'elle renonçait à exercer tout recours contre Sears relativement à son emploi, y compris [TRADUCTION] « une demande d'indemnité de cessation d'emploi ou de licenciement sous le régime de la *Loi sur les normes d'emploi* et une demande fondée sur le *Code des droits de la personne* ». En contrepartie, l'appelante avait touché les sommes auxquelles elle avait droit en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14, plus deux semaines de salaire.

Le 23 juin 1998, saisie d'une demande de réexamen présentée par l'appelante en application de l'art. 37 du Code, la Commission a refusé d'examiner les questions se rapportant à la cessation d'emploi; elle a en substance confirmé la décision du 20 janvier de ne pas traiter la plupart des éléments de la plainte.

Le 28 octobre 1998, l'appelante a demandé la révision judiciaire des décisions. La Commission n'a pas contesté la demande. Elle a plutôt remis à la cour et à l'appelante une lettre de son avocate expliquant pourquoi elle ne contestait pas la demande et pourquoi l'ensemble de la plainte devait lui être renvoyé pour enquête. Malgré l'opposition de Sears, la Commission a même offert de régler le litige. Après avoir conclu que la Commission avait mal interprété la notion de « mauvaise foi » et qu'elle n'avait pas appliqué le bon critère dans le cadre du réexamen, la Cour supérieure de justice, Cour divisionnaire, a annulé les décisions de la Commission ((1999), 45 O.R. (3d) 97). L'affaire a été renvoyée à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision sur le fondement de l'art. 34 du Code. L'appel interjeté par Sears a été rejeté.

Dans le cadre du nouvel examen, la Commission s'est encore une fois prévalu du pouvoir discrétaire, conféré à l'al. 34(1)b) du Code, de ne pas traiter la plus grande partie de la plainte. Dans

Commission issued its decision not to deal with it based on a set of reasons that were strikingly similar to the first, again claiming that the appellant acted in bad faith. On January 11, 2001, the appellant brought a second application for judicial review. The notice sought to quash the Commission's second decision on the basis of jurisdictional error, including excess of jurisdiction, denial of procedural fairness, and violations of ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

9 In the context of this second judicial review application, the appellant requested production of various documents including a legal opinion provided to the Commissioners. The Commission refused the request for documents, and the appellant brought a motion before MacFarland J. of the Superior Court of Justice requesting "all information — both oral and written — which was placed before the Commission for its consideration of her complaint which resulted in the Commission's decision under s. 34(1)(b) of the Code".

III. Judicial History

10 On July 6, 2001, MacFarland J., of the Superior Court of Justice, Divisional Court, granted the appellant's motion and ordered production of all the documents, including the legal opinion which had been prepared by in-house counsel for the Commission ((2001), 148 O.A.C. 260). Six months later, on January 10, 2002, a three-judge panel of the Divisional Court ([2002] O.J. No. 1169 (QL)) heard the expedited appeal on the sole issue of the production of the legal opinion, and confirmed MacFarland J.'s order. Neither of the lower courts was provided with a copy of the legal opinion at issue.

11 On January 29, 2003, the Ontario Court of Appeal allowed the appeal, set aside the lower court orders pertaining to the legal opinion, and ordered that the copies of the legal opinion which had been filed with the appellate court be sealed ((2003), 63 O.R. (3d) 97).

sa décision du 20 décembre 2000, elle a invoqué des motifs qui sont d'une frappante ressemblance avec ceux de sa première décision. Elle a soutenu à nouveau que l'appelante avait agi de mauvaise foi. Le 11 janvier 2001, l'appelante a demandé une deuxième révision judiciaire. Dans l'avis de requête, elle sollicitait l'annulation de la deuxième décision de la Commission, alléguant l'erreur dans l'exercice de la compétence, y compris l'excès de compétence, le non-respect de l'équité procédurale, ainsi que la violation des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans le cadre de cette deuxième révision judiciaire, l'appelante a demandé la production de divers documents, dont un avis juridique remis aux membres de la Commission. Cette dernière a refusé de produire les documents, et l'appelante a demandé à la juge MacFarland, de la Cour supérieure de justice, d'ordonner la production de [TRADUCTION] « tous les éléments d'information — tant oraux qu'écrits — dont avait disposé la Commission pour procéder à l'examen à l'issue duquel elle avait rendu sa décision en application de l'al. 34(1)b) du Code ».

III. Historique judiciaire

Le 6 juillet 2001, la juge MacFarland, de la Cour supérieure de justice, Cour divisionnaire, a accueilli la requête de l'appelante et ordonné la production de tous les documents, y compris l'avis juridique de l'avocate de la Commission ((2001), 148 O.A.C. 260). Six mois plus tard, soit le 10 janvier 2002, une formation de trois juges de la Cour divisionnaire ([2002] O.J. No. 1169 (QL)) a entendu l'appel accéléré relativement à la seule question de la production de l'avis juridique et confirmé l'ordonnance de la juge MacFarland. Aucun des tribunaux inférieurs n'a obtenu copie de l'avis juridique en cause.

Le 29 janvier 2003, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel, annulé les ordonnances des tribunaux inférieurs concernant l'avis juridique et ordonné que les copies de l'avis juridique versées à son dossier soit mises sous scellés ((2003), 63 O.R. (3d) 97).

IV. Relevant Statutory Provisions

While this appeal can be decided on the basis of case law alone, ss. 34, 37 and 39(6) of the Code provide the context in which the Commission made its decisions. For convenience, these sections are reproduced below.

34.—(1) Where it appears to the Commission that,

- (a) the complaint is one that could or should be more appropriately dealt with under an Act other than this Act;
- (b) the subject-matter of the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith;
- (c) the complaint is not within the jurisdiction of the Commission; or
- (d) the facts upon which the complaint is based occurred more than six months before the complaint was filed, unless the Commission is satisfied that the delay was incurred in good faith and no substantial prejudice will result to any person affected by the delay,

the Commission may, in its discretion, decide to not deal with the complaint.

(2) Where the Commission decides to not deal with a complaint, it shall advise the complainant in writing of the decision and the reasons therefor and of the procedure under section 37 for having the decision reconsidered.

37.—(1) Within a period of fifteen days of the date of mailing the decision and reasons therefor mentioned in subsection 34(2) or subsection 36(2), or such longer period as the Commission may for special reasons allow, a complainant may request the Commission to reconsider its decision by filing an application for reconsideration containing a concise statement of the material facts upon which the application is based.

(2) Upon receipt of an application for reconsideration the Commission shall as soon as is practicable notify the person complained against of the application and afford the person an opportunity to make written submissions with respect thereto within such time as the Commission specifies.

(3) Every decision of the Commission on reconsideration together with the reasons therefor shall be recorded in writing and promptly communicated to the complainant and the person complained against and the decision shall be final.

IV. Dispositions législatives applicables

Il est possible de statuer sur le présent pourvoi à partir de la seule jurisprudence, mais les art. 34, 37 et 39(6) du Code établissent le contexte dans lequel la Commission a rendu ses décisions. En voici le libellé :

34 (1) S'il appert à la Commission que, selon le cas :

- a) la plainte pourrait ou devrait plutôt être traitée en vertu d'une autre loi;
- b) la plainte est futile, frivole, vexatoire ou faite de mauvaise foi;
- c) la plainte n'est pas de son ressort;
- d) les faits sur lesquels la plainte est fondée se sont produits plus de six mois avant son dépôt, à moins que la Commission ne soit convaincue que le retard s'est produit de bonne foi et qu'il ne causera de préjudice important à personne,

la Commission peut, à sa discrétion, décider de ne pas traiter la plainte.

(2) Si la Commission décide de ne pas traiter une plainte, elle communique par écrit au plaignant sa décision motivée et l'informe de la marche à suivre, aux termes de l'article 37, pour demander un réexamen de la décision.

37 (1) Dans les quinze jours qui suivent la date de la mise à la poste de la décision motivée visée au paragraphe 34(2) ou 36(2), ou dans un délai plus long, selon ce que la Commission peut autoriser pour des raisons particulières, un plaignant peut demander à la Commission de réexaminer sa décision en déposant une demande de réexamen contenant un énoncé concis des faits substantiels à l'appui de la demande.

(2) À la réception d'une demande de réexamen, la Commission en informe la personne qui fait l'objet de la plainte le plus tôt possible et lui donne la possibilité de faire des observations écrites à ce sujet dans le délai que la Commission lui impartit.

(3) Toute décision motivée de la Commission quant à une demande de réexamen est consignée et immédiatement communiquée au plaignant et à la personne qui fait l'objet de la plainte. La décision est définitive.

39. . .

(6) A member of the Tribunal hearing a complaint must not have taken part in any investigation or consideration of the subject-matter of the inquiry before the hearing and shall not communicate directly or indirectly in relation to the subject-matter of the inquiry with any person or with any party or any party's representative except upon notice to and opportunity for all parties to participate, but the Tribunal may seek legal advice from an advisor independent of the parties and in such case the nature of the advice shall be made known to the parties in order that they may make submissions as to the law.

V. Issues

13

The sole issue in this appeal is whether the Court of Appeal erred in overturning the decision of the motions judge ordering production of the legal opinion. The question is whether a legal opinion, prepared for the Ontario Human Rights Commission by its in-house counsel, is protected by solicitor-client privilege in the same way as it is privileged if prepared by outside counsel retained for that purpose.

VI. Analysis

A. *Solicitor-Client Privilege Defined*

14

Solicitor-client privilege describes the privilege that exists between a client and his or her lawyer. Clients must feel free and protected to be frank and candid with their lawyers with respect to their affairs so that the legal system, as we have recognized it, may properly function: see *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 46.

15

Dickson J. outlined the required criteria to establish solicitor-client privilege in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 837, as: "(i) a communication between solicitor and client; (ii) which entails the seeking or giving of legal advice; and (iii) which is intended to be confidential by the parties". Though at one time restricted to communications exchanged in the course of litigation, the privilege has been extended to cover any consultation

39. . .

(6) Les membres du tribunal qui entendent une plainte ne doivent pas avoir pris part avant l'audience à une enquête ni à une étude de la question faisant l'objet de l'enquête. Ils ne doivent communiquer directement ou indirectement avec personne, notamment une partie ou son représentant, au sujet de la question faisant l'objet de l'enquête, si ce n'est après en avoir avisé les parties et leur avoir fourni l'occasion de participer. Toutefois, la commission d'enquête peut solliciter les conseils juridiques d'un expert indépendant des parties, auquel cas la teneur des conseils donnés est communiquée aux parties pour qu'elles puissent présenter des observations quant au droit applicable.

V. Questions en litige

La seule question que soulève le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la décision de la juge des requêtes ordonnant la production de l'avis juridique. Rédigé pour la Commission par son avocate interne, l'avis juridique bénéficie-t-il du privilège avocat-client de la même manière que l'opinion donnée par un avocat externe mandaté à cette fin?

VI. Analyse

A. *Définition du privilège avocat-client*

Le privilège avocat-client s'entend du lien privilégié existant entre un client et son avocat. Lorsqu'il consulte son avocat, le client doit sentir qu'il peut s'exprimer librement et en toute franchise au sujet de ce qui le préoccupe et qu'il bénéficie d'une protection à cet égard, de façon que, comme notre Cour l'a reconnu, le système de justice puisse bien fonctionner : voir *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 46.

Dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 837, le juge Dickson a énoncé les critères permettant d'établir l'existence du privilège avocat-client. Il doit s'agir d'"(i) une communication entre un avocat et son client; (ii) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; et (iii) que les parties considèrent de nature confidentielle". À une certaine époque, le privilège ne s'appliquait qu'aux communications intervenues au cours d'un

for legal advice, whether litigious or not: see *Solosky*, at p. 834.

Generally, solicitor-client privilege will apply as long as the communication falls within the usual and ordinary scope of the professional relationship. The privilege, once established, is considerably broad and all-encompassing. In *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, the scope of the privilege was described, at p. 893, as attaching “to all communications made within the framework of the solicitor-client relationship, which arises as soon as the potential client takes the first steps, and consequently even before the formal retainer is established”. The scope of the privilege does not extend to communications: (1) where legal advice is not sought or offered; (2) where it is not intended to be confidential; or (3) that have the purpose of furthering unlawful conduct: see *Solosky, supra*, at p. 835.

As stated in *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, at para. 2:

Solicitor-client privilege describes the privilege that exists between a client and his or her lawyer. This privilege is fundamental to the justice system in Canada. The law is a complex web of interests, relationships and rules. The integrity of the administration of justice depends upon the unique role of the solicitor who provides legal advice to clients within this complex system. At the heart of this privilege lies the concept that people must be able to speak candidly with their lawyers and so enable their interests to be fully represented.

The privilege is jealously guarded and should only be set aside in the most unusual circumstances, such as a genuine risk of wrongful conviction.

In *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, this Court confirmed that the privilege must be nearly absolute and that exceptions to it will be rare. Speaking for the Court on this point, Arbour J. reiterated what was stated in *McClure*:

litige, mais il s'est ensuite appliqué à toute consultation juridique sur une question litigieuse ou non : voir *Solosky*, p. 834.

16

Généralement, le privilège avocat-client s'applique dans la mesure où la communication s'inscrit dans le cadre habituel et ordinaire de la relation professionnelle. Une fois son existence établie, le privilège a une portée particulièrement large et générale. Dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 893, notre Cour a statué que le privilège s'attachait « à toutes les communications faites dans le cadre de la relation client-avocat, laquelle prend naissance dès les premières démarches du client virtuel, donc avant même la formation du mandat formel ». Le privilège ne s'étend pas aux communications : (1) qui n'ont trait ni à la consultation juridique ni à l'avis donné, (2) qui ne sont pas censées être confidentielles ou (3) qui visent à faciliter un comportement illégal : voir *Solosky*, précité, p. 835.

Comme l'a écrit notre Cour dans *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 2 :

17

Le secret professionnel de l'avocat [le privilège avocat-client] s'entend du privilège qui existe entre un client et son avocat et qui est fondamental pour le système de justice canadien. Le droit est un écheveau complexe d'intérêts, de rapports et de règles. L'intégrité de l'administration de la justice repose sur le rôle unique de l'avocat qui donne des conseils juridiques à des clients au sein de ce système complexe. La notion selon laquelle une personne doit pouvoir parler franchement à son avocat pour qu'il soit en mesure de la représenter pleinement est au cœur de ce privilège.

Le privilège est jalousement protégé et ne doit être levé que dans les circonstances les plus exceptionnelles, notamment en cas de risque véritable qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée à tort.

18

Dans *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, notre Cour a confirmé que le privilège avocat-client doit être quasi absolu et ne doit souffrir que de rares exceptions. S'exprimant au nom de notre Cour à ce sujet, la juge Arbour a rappelé les principes énoncés dans *McClure* :

. . . solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. [Emphasis in original.]

(Arbour J. in *Lavallee, supra*, at para. 36, citing Major J. in *McClure*, at para. 35.)

19 Solicitor-client privilege has been held to arise when in-house government lawyers provide legal advice to their client, a government agency: see *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 49. In *Campbell*, the appellant police officers sought access to the legal advice provided to the RCMP by the Department of Justice and on which the RCMP claimed to have placed good faith reliance. In identifying solicitor-client privilege as it applies to government lawyers, Binnie J. compared the function of public lawyers in government agencies with corporate in-house counsel. He explained that where government lawyers give legal advice to a "client department" that traditionally would engage solicitor-client privilege, and the privilege would apply. However, like corporate lawyers who also may give advice in an executive or non-legal capacity, where government lawyers give policy advice outside the realm of their legal responsibilities, such advice is not protected by the privilege.

20 Owing to the nature of the work of in-house counsel, often having both legal and non-legal responsibilities, each situation must be assessed on a case-by-case basis to determine if the circumstances were such that the privilege arose. Whether or not the privilege will attach depends on the nature of the relationship, the subject matter of the advice, and the circumstances in which it is sought and rendered: *Campbell, supra*, at para. 50.

21 Where solicitor-client privilege is found, it applies to a broad range of communications between lawyer and client as outlined above. It will apply with equal force in the context of advice given to an administrative board by in-house counsel as it

. . . le secret professionnel de l'avocat [le privilège avocat-client] doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas. [Souligné dans l'original.]

(La juge Arbour dans *Lavallee*, précité, par. 36, citant le juge Major dans *McClure*, par. 35.)

Selon notre Cour, le privilège avocat-client s'applique lorsqu'un avocat salarié de l'État donne un avis juridique à son client, l'organisme gouvernemental : voir *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 49. Dans cette affaire, les policiers appellants tentaient d'obtenir l'avis juridique que le ministère de la Justice avait fourni à la GRC et auquel cette dernière affirmait s'être fiée de bonne foi. Pour circonscrire le privilège avocat-client applicable à un avocat de l'État, le juge Binnie a comparé les fonctions qu'il exerce au sein d'un organisme gouvernemental à celles de l'avocat salarié d'une entreprise. Il a expliqué que le privilège avocat-client s'applique lorsque l'avocat du gouvernement donne au « ministère client » des conseils juridiques qui seraient habituellement protégés. Toutefois, à l'instar des conseils donnés par un avocat d'affaires à titre de gestionnaire ou autrement qu'en qualité de juriste, les conseils donnés par un avocat du gouvernement au sujet de questions de politique générale qui n'ont rien à voir avec les compétences en droit de l'intéressé ne jouissent pas de la protection du privilège.

Vu la nature du travail d'un avocat interne, dont les fonctions sont souvent à la fois juridiques et non juridiques, chaque situation doit être évaluée individuellement pour déterminer si les circonstances justifient l'application du privilège. Ce dernier s'appliquera ou non selon la nature de la relation, l'objet de l'avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni : *Campbell*, précité, par. 50.

Comme je l'indique précédemment, lorsqu'il s'applique, le privilège avocat-client protège une vaste gamme de communications entre avocat et client. Il vise tant l'avis donné à un organisme administratif par un avocat salarié que l'avis

does to advice given in the realm of private law. If an in-house lawyer is conveying advice that would be characterized as privileged, the fact that he or she is “in-house” does not remove the privilege, or change its nature.

B. *The Common Interest Exception*

The appellant submitted that solicitor-client privilege does not attach to communications between a solicitor and client as against persons having a “joint interest” with the client in the subject-matter of the communication. This “common interest”, or “joint interest” exception does not apply to the Commission because it does not share an interest with the parties before it. The Commission is a disinterested gatekeeper for human rights complaints and, by definition, does not have a stake in the outcome of any claim.

The common interest exception to solicitor-client privilege arose in the context of two parties jointly consulting one solicitor. See *R. v. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A., at p. 245:

The authorities are clear that where two or more persons, each having an interest in some matter, jointly consult a solicitor, their confidential communications with the solicitor, although known to each other, are privileged against the outside world. However, as between themselves, each party is expected to share in and be privy to all communications passing between each of them and their solicitor. Consequently, should any controversy or dispute arise between them, the privilege is inapplicable, and either party may demand disclosure of the communication. . . .

The common interest exception originated in the context of parties sharing a common goal or seeking a common outcome, a “selfsame interest” as Lord Denning, M.R., described it in *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), at p. 483. It has since been narrowly expanded to cover those situations in which a fiduciary or like duty has been found to exist between the parties so as to create common interest. These include trustee-beneficiary relations, fiduciary

donné dans le contexte de l’exercice privé du droit. Lorsqu’un avocat salarié donne des conseils que l’on qualifierait de privilégiés, le fait qu’il est un avocat « interne » n’écarte pas l’application du privilège ni n’en modifie la nature.

B. *L’exception fondée sur un intérêt commun*

L’appelante prétend que le privilège avocat-client ne peut empêcher la divulgation d’une communication à une personne ayant, avec le client en question, un « intérêt commun » quant à l’objet de la communication. L’exception fondée sur l’« intérêt commun » ne s’applique pas à la Commission puisque ses intérêts ne coïncident pas avec ceux des personnes qui se présentent devant elle. Le rôle de la Commission, à l’égard des plaintes relatives aux droits de la personne, demeure celui d’un gardien impartial, et par définition, elle n’a pas d’intérêt dans le dénouement d’une affaire.

L’exception fondée sur l’intérêt commun a été invoquée à l’encontre du privilège avocat-client dans une affaire où les deux parties avaient consulté ensemble un avocat. Voir *R. c. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221 (C.A. Ont.), le juge Martin, p. 245 :

[TRADUCTION] Il ressort de la jurisprudence que lorsqu’une question présente un intérêt pour deux personnes ou plus qui consultent de concert un avocat, leurs communications confidentielles avec l’avocat, même si elles leur sont connues, bénéficient d’un privilège vis-à-vis des tiers. Toutefois, en ce qui concerne les rapports entre les parties, toutes deux sont censées prendre part à toutes les communications intervenant entre elles et leur avocat et en être informées. Par conséquent, si une controverse ou un différend vient à les opposer, le privilège ne s’applique pas, et l’une ou l’autre peut exiger la divulgation de la communication. . . .

L’exception fondée sur l’intérêt commun est apparue dans un contexte où des parties visant un même objectif ou cherchant à obtenir un même résultat possédaient [TRADUCTION] un « même intérêt », pour reprendre l’expression employée par le maître des rôles lord Denning dans *Buttes Gas & Oil Co. c. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.), p. 483. La portée de cette exception a été quelque peu élargie. En effet, elle s’applique désormais lorsqu’une obligation fiduciaire ou

22

23

24

aspects of Crown-aboriginal relations and certain types of contractual or agency relations, none of which are at issue here.

25 The Commission neither has a trust relationship with, nor owes a fiduciary duty to, the parties appearing before it. The Commission is a statutory decision-maker. The cases relied on by the appellant related to trusts, fiduciary duty, and contractual obligations. These cases are readily distinguishable and do not support the position advanced by the appellant. The common interest exception does not apply to an administrative board with respect to the parties before it.

26 The appellant relied heavily on the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *Melanson v. New Brunswick (Workers' Compensation Board)* (1994), 146 N.B.R. (2d) 294. In that case, the court ordered a new hearing based on a failure by the Workers' Compensation Board to observe procedural fairness in the processing of the appellant's claim. The court held that several significant errors were made at the review committee level, negating the review committee's duty to act fairly. Among these errors were the failure to provide the appellant with its first decision, the decision to turn the appellant's claim into a test case without her knowledge and partly at her expense, and the introduction of new evidence not disclosed to the appellant. For these reasons the court, in its *ratio*, concluded that "the taint at the intermediate level of the Review Committee has irrevocably blemished the proceedings" (para. 31). Other comments made by the Court of Appeal, pertaining to the production of legal opinions, were *obiter dicta*. The proper approach to legal opinions is to determine if they are of such a kind as would fall into the privileged class. If so, they are privileged. To the extent that *Melanson* is otherwise relied on is error.

apparentée existant entre les parties a fait naître un intérêt commun. Cela comprend les relations fiduciaire-bénéficiaire, celles entre l'État et les autochtones et certains types de rapports contractuels ou de rapports mandant-mandataire.

Il n'y a ni lien fiduciaire entre la Commission et les parties qui se présentent devant elle, ni obligation fiduciaire de la Commission envers ces parties. La Commission est un organe décisionnel établi par la loi. La jurisprudence invoquée par l'appelante se rapporte aux fiducies, à l'obligation fiduciaire et aux obligations contractuelles. Une distinction peut alors aisément être faite d'avec la présente affaire, et les décisions citées n'appuient pas la prétention de l'appelante. L'exception fondée sur l'intérêt commun ne s'applique pas à une instance administrative et aux parties qui se présentent devant elle.

L'appelante s'est en grande partie appuyée sur l'arrêt *Melanson c. Nouveau-Brunswick (Commission des accidents du travail)* (1994), 146 R.N.-B. (2^e) 294, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Dans cette affaire, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'une nouvelle audience au motif que la Commission des accidents du travail n'avait pas respecté l'équité procédurale dans le traitement de la demande présentée par l'appelante. Elle a conclu que le comité de révision avait commis plusieurs erreurs importantes, contrairement à son obligation d'agir équitablement. Au nombre de ces erreurs figuraient l'omission d'informer l'appelante de sa première décision, le choix de faire de la demande de l'appelante une cause type et ce, à son insu et en partie à ses dépens, et la production de nouveaux éléments de preuve qui n'avaient pas été communiqués à l'appelante. Pour ces motifs, la Cour d'appel a conclu dans la *ratio decidendi* que « le vice qui a entaché le niveau intermédiaire, soit le comité de révision, a de façon irrévocable terni les procédures » (par. 31). Ses autres observations concernant la production d'un avis juridique constituaient des remarques incidentes. Pour décider si un avis juridique doit être produit, il convient de déterminer si, par sa nature, il entre dans la catégorie des communications privilégiées. Dans l'affirmative, le privilège s'applique. L'appelante commet une erreur en s'appuyant ainsi sur l'arrêt *Melanson*.

C. Application to the Case at Bar

As stated, the communication between the Commission and its in-house counsel was protected by solicitor-client privilege.

The opinion provided to the Commission by staff counsel was a legal opinion. It was provided to the Commission by in-house or “staff” counsel to be considered or not considered at their discretion. It is a communication that falls within the class of communications protected by solicitor-client privilege. The fact that it was provided by in-house counsel does not alter the nature of the communication or the privilege.

There is no applicable exception that can remove the communication from the privileged class. There is no common interest between this Commission and the parties before it that could justify disclosure; nor is this Court prepared to create a new common law exception on these facts.

With respect, the motions judge erred in following the comments made by the New Brunswick Court of Appeal in *obiter dicta* in *Melanson* and in ordering production of the legal opinion.

Procedural fairness does not require the disclosure of a privileged legal opinion. Procedural fairness is required both in the trial process and in the administrative law context. In neither area does it affect solicitor-client privilege; both may co-exist without being at the expense of the other. In addition, the appellant was aware of the case to be met without production of the legal opinion. The concept of fairness permeates all aspects of the justice system, and important to it is the principle of solicitor-client privilege.

Section 10 of the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, provides:

10. When notice of an application for judicial review of a decision made in the exercise or purported exercise of a statutory power of decision has been served on the person making the decision, such person shall forthwith file in the court for use on the application the record of the proceedings in which the decision was made.

C. Application à la présente espèce

Comme je l’ai indiqué précédemment, la communication entre la Commission et son avocate interne était protégée par le privilège avocat-client.

L’avis que l’avocate a fourni à la Commission était un avis juridique. La Commission pouvait à son gré tenir compte ou non de cet avis établi par son avocate interne ou salariée. Il entre dans la catégorie des communications protégées par le privilège avocat-client. Le fait qu’il a été fourni par une avocate interne ne change pas la nature de la communication ni celle du privilège.

Aucune exception ne soustrait la communication à l’application du privilège. Il n’existe entre la Commission et les parties qui se présentent devant elle aucun intérêt commun susceptible de justifier la divulgation. Notre Cour n’est pas non plus disposée à créer une nouvelle exception de common law à partir des faits de l’espèce.

Avec déférence, la juge des requêtes a eu tort de se fonder sur les remarques incidentes de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick dans *Melanson* et d’ordonner la production de l’avis juridique.

L’équité procédurale n’exige pas la divulgation d’un avis juridique protégé par le privilège avocat-client. Son respect s’impose dans le cadre d’une instance tant judiciaire qu’administrative. Elle ne compromet pas l’application du privilège avocat-client; les deux principes peuvent coexister sans que l’un ne nuise à l’autre. De plus, même si l’avis juridique n’a pas été produit, l’appelante connaît la preuve qu’elle devait réfuter. La notion d’équité imprègne tous les aspects du système de justice, et l’un de ses aspects fondamentaux est le privilège avocat-client.

L’article 10 de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1, dispose :

10 Lorsqu’un avis d’une requête en révision judiciaire d’une décision rendue dans l’exercice réel ou prétendu d’une compétence légale de décision est signifié à la personne qui a rendu la décision, celle-ci dépose sans délai au greffe, aux fins de la requête, le dossier de l’instance d’où émane la décision.

27

28

29

30

31

32

- 33 Legislation purporting to limit or deny solicitor-client privilege will be interpreted restrictively: see *Lavallee, supra*, at para. 18. Solicitor-client privilege cannot be abrogated by inference. While administrative boards have the delegated authority to determine their own procedure, the exercise of that authority must be in accordance with natural justice and the common law.
- 34 Where the legislature has mandated that the record must be provided in whole to the parties in respect of a proceeding within its legislative competence and it specifies that the “whole of the record” includes opinions provided to the administrative board, then privilege will not arise as there is no expectation of confidentiality. Beyond that, whether solicitor-client privilege can be violated by the express intention of the legislature is a controversial matter that does not arise in this appeal.
- 35 Section 10 of the *Judicial Review Procedure Act*, in any event, does not clearly or unequivocally express an intention to abrogate solicitor-client privilege, nor does it stipulate that the “record” includes legal opinions. As such, “record of the proceedings” should not be read to include privileged communications from Commission counsel to the Commission.
- VII. Disposition**
- 36 The communication between the Ontario Human Rights Commission and its in-house counsel is protected by solicitor-client privilege. It was a communication from a professional legal advisor, the Commission’s in-house counsel, in her capacity as such, made in confidence to her client, the Commission. Accordingly, this appeal is dismissed and the decision of the Ontario Court of Appeal is confirmed. There is no order for costs as against the parties before this Court. Any order of costs pertaining to the judicial review should properly be considered by the Divisional Court undertaking the review.
- Un texte législatif visant à limiter ou à écarter l’application du privilège avocat-client sera interprété restrictivement : voir *Lavallee*, précité, par. 18. Le privilège avocat-client ne peut être supprimé par inférence. Si, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés, un organisme administratif est maître de sa procédure, il reste que ces pouvoirs doivent être exercés conformément aux règles de justice naturelle et à la common law.
- Lorsque le législateur exige d’un organisme administratif qu’il communique aux parties à une procédure relevant de sa compétence l’ensemble du dossier, et qu’il est précisé que « l’ensemble du dossier » comprend les avis obtenus par l’organisme administratif, le privilège ne pourra être invoqué vu l’absence d’attentes en matière de confidentialité. La question de savoir si, par ailleurs, le législateur peut écarter expressément le privilège avocat-client est matière à controverse et ne fait pas l’objet du présent pourvoi.
- Quoiqu’il en soit, l’art. 10 de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* n’exprime pas clairement et sans équivoque l’intention d’écarter le privilège avocat-client ni ne précise que le « dossier » comprend les avis juridiques. L’on ne saurait donc interpréter l’expression « dossier de l’instance » comme englobant les communications privilégiées entre la Commission et son avocate.
- VII. Dispositif**
- La communication intervenue entre la Commission et son avocate interne est protégée par le privilège avocat-client. Il s’agissait de l’avis d’une conseillère juridique professionnelle — l’avocate interne de la Commission — donné en cette qualité et à titre confidentiel à la cliente, la Commission. Par conséquent, le pourvoi est rejeté, et la décision de la Cour d’appel de l’Ontario est confirmée. Aucune ordonnance n’est rendue à l’égard des dépens devant notre Cour. Il incombera à la Cour divisionnaire de rendre toute ordonnance qu’elle jugera appropriée en ce qui concerne les dépens afférents à la révision judiciaire dont elle sera saisie.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Sanson & Hart, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Manitoba Human Rights Commission: Manitoba Human Rights Commission, Winnipeg.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Sanson & Hart, Toronto.

Procureur de l'intimée : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba : Commission des droits de la personne du Manitoba, Winnipeg.

Commission de la santé et de la sécurité du travail and Attorney General of Quebec Appellants

v.

Nutribec Ltée, Aliments Breton Inc., Alphonse Fournier & Fils Ltée, Alfred Couture Ltée, Benoit Désilets Inc., Bernard Breton Inc., Le Centre agricole St-Clet Inc., Centre régional de céréales de l'Estrie, Comptoir agricole St-Lambert (1981) Inc., Dorais & Dionne Ltée, Gérard Maheu Inc., Groupe Shur-Gain Inc., Groupe Shur-Gain Inc. (Division René Poirier Ltée), H.L. Boisvert Inc., Jean-Claude Loiselle Inc., Jean-Marc Henri Inc., J.N. Brochu Inc., Labonté Belhumeur Inc., A. Laforge Inc., L.D. Roy Inc., Marcel Bérard Ltée, Meunerie Avicole Régionale Ltée, Meunerie de Cacouna Inc., Meunerie Dubois Inc., Meunerie Gérard Soucy Inc., Meunerie Hébert Inc., Meunerie J.B. Dionne Ltée, Meunerie Lafrance Inc., Meunerie Sawyerville Inc., P.A. Lessard Inc., Meunerie St-Chrysostome Inc., Meunerie St-Elzéar Ltée, Meunerie St-Frédéric Inc., Meunerie Trans-Canada Inc., Les Moulins B.G.L. Inc., NAP Breton Ltée, Produits L.B. (1987) Ltée, Réal Mondou Inc., R. Rousseau & Fils Ltée and Duphil Inc. (Service agricole Duphil) Respondents

and

Attorney General of Canada Respondent

and

Commission des lésions professionnelles Intervenante

**INDEXED AS: NUTRIBEC LTÉE v. QUEBEC
(COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES)**

Commission de la santé et de la sécurité du travail et procureur général du Québec Appelants

c.

Nutribec Ltée, Aliments Breton Inc., Alphonse Fournier & Fils Ltée, Alfred Couture Ltée, Benoit Désilets Inc., Bernard Breton Inc., Le Centre agricole St-Clet Inc., Centre régional de céréales de l'Estrie, Comptoir agricole St-Lambert (1981) Inc., Dorais & Dionne Ltée, Gérard Maheu Inc., Groupe Shur-Gain Inc., Groupe Shur-Gain Inc. (Division René Poirier Ltée), H.L. Boisvert Inc., Jean-Claude Loiselle Inc., Jean-Marc Henri Inc., J.N. Brochu Inc., Labonté Belhumeur Inc., A. Laforge Inc., L.D. Roy Inc., Marcel Bérard Ltée, Meunerie Avicole Régionale Ltée, Meunerie de Cacouna Inc., Meunerie Dubois Inc., Meunerie Gérard Soucy Inc., Meunerie Hébert Inc., Meunerie J.B. Dionne Ltée, Meunerie Lafrance Inc., Meunerie Sawyerville Inc., P.A. Lessard Inc., Meunerie St-Chrysostome Inc., Meunerie St-Elzéar Ltée, Meunerie St-Frédéric Inc., Meunerie Trans-Canada Inc., Les Moulins B.G.L. Inc., NAP Breton Ltée, Produits L.B. (1987) Ltée, Réal Mondou Inc., R. Rousseau & Fils Ltée et Duphil Inc. (Service agricole Duphil) Intimées

et

Procureur général du Canada Intimé

et

Commission des lésions professionnelles Intervenante

**RÉPERTORIÉ : NUTRIBEC LTÉE c. QUÉBEC
(COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES)**

Neutral citation: 2004 SCC 32.

File No.: 29480.

2004: May 14.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Constitutional law — Division of powers — Federal undertaking — Works declared to be for general advantage of Canada — Flour mills — Interpretation of s. 76 of Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1985, c. C-24.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] R.J.Q. 2593, [2002] C.L.P. 467, [2002] Q.J. No. 4577 (QL), setting aside a judgment of the Superior Court, [1997] C.A.L.P. 457, [1997] Q.J. No. 4647 (QL), dismissing the respondents' application for judicial review of a decision of the Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, [1995] C.A.L.P. 609. Appeal dismissed.

René Napert, for the appellant Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Alain Gingras and *Claude Bouchard*, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Bruno Lepage and *Karine Dubois*, for the respondents Nutribec Ltée et al.

Jean-Marc Aubry, Q.C., and *Normand Lemyre*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Claude Verge, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — Mr. Lepage, we do not need to hear from you. The Court is prepared to render judgment in this case. We are all of the view to dismiss the appeal for the reasons given in the judgment of the Court of Appeal of Quebec, with costs.

Référence neutre : 2004 CSC 32.

Nº du greffe : 29480.

2004 : 14 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Entreprise fédérale — Ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada — Minoteries — Interprétation de l'art. 76 de la Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. 1985, ch. C-24.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] R.J.Q. 2593, [2002] C.L.P. 467, [2002] J.Q. n° 4577 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1997] C.A.L.P. 457, [1997] A.Q. n° 4647 (QL), qui avait rejeté la requête en révision judiciaire des intimées à l'encontre d'une décision de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, [1995] C.A.L.P. 609. Pourvoi rejeté.

René Napert, pour l'appelante la Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Alain Gingras et *Claude Bouchard*, pour l'appelant le procureur général du Québec.

Bruno Lepage et *Karine Dubois*, pour les intimées Nutribec Ltée et autres.

Jean-Marc Aubry, c.r., et *Normand Lemyre*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Claude Verge, pour l'intervenante.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Monsieur Lepage, il n'est pas nécessaire de vous entendre. La Cour est disposée à rendre sa décision dans cette affaire. Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel pour les motifs énoncés dans l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, avec dépens.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Commission de la santé et de la sécurité du travail: Panneton, Lessard, Québec.

Solicitors for the appellant the Attorney General of Quebec: Saint-Laurent, Gagnon, Québec.

Solicitors for the respondents Nutribec Ltée et al.: Beauvais, Truchon & Associés, Québec.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Department of Justice, Ottawa.

Solicitors for the intervenor: Levasseur, Verge, Québec.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante la Commission de la santé et de la sécurité du travail : Panneton, Lessard, Québec.

Procureurs de l'appelant le procureur général du Québec : Saint-Laurent, Gagnon, Québec.

Procureurs des intimées Nutribec Ltée et autres : Beauvais, Truchon & Associés, Québec.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante : Levasseur, Verge, Québec.

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Stephen Joseph Harper *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec, Attorney
General of Manitoba, Democracy Watch
and National Anti-Poverty Organization,
Environment Voters, a division of Animal
Alliance of Canada, and John Herbert
Bryden** *Intervenors*

**INDEXED AS: HARPER v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)**

Neutral citation: 2004 SCC 33.

File No.: 29618.

2004: February 10; 2004: May 18.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Attribution, registration and disclosure requirements — Blackout period — Whether third party election advertising scheme and blackout on third party advertising on polling day infringe freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 323, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Attribution, registration and disclosure requirements — Blackout period — Whether third party election advertising scheme and blackout on third party advertising on polling day infringe right

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Stephen Joseph Harper *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général du Québec, procureur
général du Manitoba, Democracy Watch
et Organisation nationale anti-pauvreté,
Environment Voters, division de
l'Alliance animale du Canada, et John
Herbert Bryden** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : HARPER c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2004 CSC 33.

Nº du greffe : 29618.

2004 : 10 février; 2004 : 18 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation — Période d'interdiction de publicité — Les dispositions qui régissent la publicité faite par les tiers et celles qui interdisent à ceux-ci de faire de la publicité le jour du scrutin portent-elles atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 323, 350, 351, 352 à 357, 359, 360, 362.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation — Période d'interdiction de publicité — Les dispositions qui régissent la publicité faite par les tiers et celles qui interdisent

to vote — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 323, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Whether limits on third party election advertising expenses infringe freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 351, 356, 357(3), 359, 362.

The respondent brought an action for a declaration that ss. 323(1) and (3), 350 to 360, and 362 of the *Canada Elections Act* were of no force or effect for infringing ss. 2(b), 2(d) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 350 limits third party election advertising expenses to \$3000 in a given electoral district and \$150,000 nationally; s. 351 prohibits individuals or groups from splitting or colluding for the purposes of circumventing these limits; ss. 352 to 357, 359, 360 and 362 require a third party to identify itself in all of its election advertising, to appoint financial agents and auditors, and to register with the Chief Electoral Officer; and s. 323 provides for a third party advertising blackout on polling day. The trial judge concluded that ss. 350 and 351 were in *prima facie* violation of ss. 2(b) and 2(d) and that neither was justified under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal upheld the unconstitutionality of ss. 350 and 351 and also struck down ss. 323, 352 to 357, 359, 360 and 362 on the basis that the provisions “must all stand or fall together as part of the same design”.

Held (McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed. The impugned provisions of the *Canada Elections Act* are constitutional.

Per Iacobucci, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.: The current third party election advertising regime is Parliament’s response to this Court’s decision in *Libman*. In promoting the equal dissemination of points of view by limiting the election advertising of third parties who are influential participants in the electoral process, the overarching objective of the spending limits is electoral fairness. This egalitarian model of elections seeks to create a level playing field for those who wish to engage in the electoral discourse, enabling voters to be better informed. The Court of Appeal erred in considering the provisions on third party spending limits globally.

à ceux-ci de faire de la publicité le jour du scrutin portent-elles atteinte au droit de vote? — *Charte canadienne des droits et libertés, art. 3 — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 323, 350, 351, 352 à 357, 359, 360, 362.*

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’association — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Les dispositions régissant la publicité faite par les tiers portent-elles atteinte à la liberté d’association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 351, 356, 357(3), 359, 362.

L’intimé a sollicité un jugement déclaratoire portant que les par. 323(1) et (3), les art. 350 à 360 et l’art. 362 de la *Loi électorale du Canada* sont inopérants parce qu’ils violent les al. 2b) et d) et l’art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’article 350 limite à 3 000 \$ et 150 000 \$ respectivement les dépenses de publicité électorale susceptibles d’être engagées par des tiers dans une circonscription donnée et à l’échelle nationale; l’art. 351 interdit aux individus ou aux groupes de se diviser ou d’agir de concert pour esquiver les plafonds susmentionnés; les art. 352-357, 359-360 et 362 obligent les tiers à mentionner leur nom dans toute publicité électorale émanant d’eux, à nommer un agent financier et un vérificateur et à s’enregistrer auprès du directeur général des élections; l’art. 323 interdit aux tiers de faire de la publicité le jour du scrutin. Le juge de première instance a conclu que les art. 350 et 351 contrevenaient à première vue aux al. 2b) et d) de la *Charte* et que leur validité ne pouvait être sauvegardée par application de l’article premier de ce texte. La Cour d’appel a confirmé l’inconstitutionnalité des art. 350 et 351 et elle a également invalidé les art. 323, 352-357, 359-360 et 362, pour le motif qu’ils « doivent connaître le même sort, puisqu’ils forment un tout ».

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Major et Binnie sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli. Les dispositions attaquées de la *Loi électorale du Canada* sont constitutionnelles.

Les juges Iacobucci, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish : L’actuel régime de publicité électorale des tiers a été instauré par le Parlement à la suite de l’arrêt *Libman* de notre Cour. L’objectif primordial des plafonds de dépenses consiste à assurer l’équité électorale en appuyant la diffusion égale des points de vue par la limitation de la publicité électorale des tiers, qui sont des participants influents dans le processus électoral. Ce modèle électoral égalitaire vise à faire en sorte que ceux qui souhaitent participer au débat électoral puissent le faire à armes égales, permettant ainsi aux électeurs d’être mieux informés. La Cour d’appel a eu tort de considérer

While the regime is internally coherent, its constituent parts stand on their own and the constitutionality of each set of provisions must be considered separately.

The limits on third party election advertising expenses set out in s. 350 infringe the right to freedom of political expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* but they do not infringe the right to vote protected by s. 3. The right to meaningful participation in s. 3 of the *Charter* cannot be equated with the exercise of freedom of expression. The two rights are distinct and must be reconciled. Under s. 3, the right of meaningful participation in the electoral process is not limited to the selection of elected representatives and includes a citizen's right to exercise his or her vote in an informed manner. In the absence of spending limits, it is possible for the affluent or a number of persons pooling their resources and acting in concert to dominate the political discourse, depriving their opponents of a reasonable opportunity to speak and be heard, and undermining the voter's ability to be adequately informed of all views. Equality in the political discourse is thus necessary for meaningful participation in the electoral process and ultimately enhances the right to vote. This right, therefore, does not guarantee unimpeded and unlimited electoral debate or expression. Spending limits, however, must be carefully tailored to ensure that candidates, political parties and third parties are able to convey their information to the voter; if overly restrictive, they may undermine the informational component of the right to vote. Here, s. 350 does not interfere with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process.

The harm that Parliament seeks to address in this case is electoral unfairness. Given the difficulties in measuring this harm, at the stage of the justification analysis a reasoned apprehension that the absence of third party election advertising limits will lead to electoral unfairness is sufficient. Furthermore, on balance, the contextual factors favour a deferential approach to Parliament in determining whether such limits are demonstrably justified in a free and democratic society. While the right to political expression lies at the core of the guarantee of free expression and warrants a high degree of constitutional protection, there is nevertheless a danger that political advertising may manipulate or oppress the voter. Parliament had to balance the rights and privileges of all the participants in the electoral process. The difficulties of striking this balance are evident and, given the right of Parliament to choose Canada's electoral model and

globalement les dispositions relatives au plafonnement des dépenses des tiers. Malgré la cohérence interne du régime, ses diverses composantes existent de façon autonome et la constitutionnalité de chaque groupe de dispositions doit être examinée séparément.

Les plafonds prescrits par l'art. 350 à l'égard des dépenses de publicité électorale des tiers violent le droit à la liberté d'expression politique garanti par l'al. 2b) de la *Charte* mais non le droit de vote protégé par l'art. 3. Le droit de participer utilement au processus électoral garanti par l'art. 3 de la *Charte* ne saurait être assimilé à l'exercice du droit à la liberté d'expression. Il s'agit de deux droits distincts, qui doivent être conciliés. Suivant l'art. 3, le droit de participer utilement au processus électoral ne se limite pas à élire des députés, mais il emporte aussi pour chaque citoyen celui de voter de manière éclairée. En l'absence de plafonnement des dépenses, il est possible aux mieux nantis ou à un certain nombre de personnes ou de groupes mettant leurs ressources en commun et agissant de concert de dominer le débat politique, privant ainsi leurs adversaires de la possibilité raisonnable de s'exprimer et d'être entendus et réduisant la capacité des électeurs d'être informés adéquatement de tous les points de vue. En conséquence, l'égalité dans le discours politique s'impose pour assurer une participation utile au processus électoral et, en définitive, pour renforcer le droit de vote. Ce droit ne garantit donc pas celui de débattre ou de s'exprimer sans entrave ni limite dans le cadre des élections. Toutefois, le plafonnement des dépenses doit être soigneusement adapté, de façon que les candidats, les partis politiques et les tiers puissent communiquer leur message à l'électeurat; l'application de limites trop restrictives risque d'affaiblir l'aspect informationnel du droit de vote. Dans la présente affaire, l'art. 350 ne porte pas atteinte au droit de chaque citoyen de jouer un rôle important dans le processus électoral.

Le préjudice auquel le Parlement veut remédier en l'espèce est l'iniquité électorale. Vu les difficultés que présente l'évaluation de ce préjudice, l'existence d'une appréhension raisonnée que l'absence de limites applicables à la publicité électorale faite par les tiers serait source d'iniquité électorale suffit. De plus, les facteurs contextuels incitent globalement à témoigner de la déférence envers le Parlement dans l'examen de la question de savoir si ces limites sont justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien que le droit de s'exprimer politiquement soit un aspect fondamental de la liberté d'expression et commande un haut degré de protection constitutionnelle, il existe néanmoins un risque que la publicité politique puisse servir à manipuler ou opprimer les électeurs. Le Parlement devait mettre en équilibre les droits et priviléges de tous les participants au processus électoral. L'établissement de cet équilibre

the nuances inherent in implementing this model, a court must approach the justification analysis with deference.

Section 350 is justified under s. 1 of the *Charter*. While the overarching objective of the third party advertising expense limits is electoral fairness, more narrowly characterized, the objectives of the scheme are threefold: (1) to promote equality in the political discourse; (2) to protect the integrity of the financing regime applicable to candidates and parties; and (3) to ensure that voters have confidence in the electoral process. In view of the findings of the Lortie Commission, the central piece of the evidential record in this case, these three objectives are pressing and substantial. Section 350 also meets the proportionality test. First, the third party advertising expense limits are rationally connected to the objectives. They prevent those who have access to significant financial resources, and are able to purchase unlimited amount of advertising, to dominate the electoral discourse to the detriment of others; they create a balance between the financial resources of each candidate or political party; and they advance the perception that the electoral process is substantively fair as it provides for a reasonable degree of equality between citizens who wish to participate in that process. Second, s. 350 minimally impairs the right to free expression. Third party advertising is unrestricted prior to the commencement of the election period, and third parties may freely spend money or advertise to make their views known or to persuade others. Further, the definition of "election advertising" in s. 319 only applies to advertising that is associated with a candidate or party. The limits set out in s. 350 allow third parties to inform the electorate of their message in a manner that will not overwhelm candidates, political parties or other third parties while precluding the voices of the wealthy from dominating the political discourse. Third, the s. 350's salutary effects of promoting fairness and accessibility in the electoral system and increasing Canadians' confidence in it outweigh the deleterious effect that the spending limits permit third parties to engage in informational but not necessarily persuasive campaigns.

Section 351 is ancillary to s. 350 and its primary purpose is to preserve the integrity of the advertising expense

présente des difficultés évidentes et, comme c'est au Parlement qu'il appartient de choisir le modèle électoral applicable au Canada et vu les nuances que requiert intrinsèquement la mise en œuvre de ce modèle, les tribunaux doivent entreprendre l'analyse de la justification avec toute la déférence qui s'impose.

Les limites prescrites par l'art. 350 sont justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'équité électorale soit l'objectif primordial du plafonnement des dépenses de publicité électorale faites par les tiers, réduits à leur plus simple expression, les objectifs poursuivis par le régime se résument à trois choses : (1) favoriser l'égalité dans le débat politique; (2) protéger l'intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis; (3) maintenir la confiance des électeurs dans le processus électoral. À la lumière des constatations de la Commission Lortie, qui constituent le principal élément de preuve dans le présent dossier, ces trois objectifs sont urgents et réels. L'article 350 satisfait également au critère de la proportionnalité. Premièrement, les limites applicables aux dépenses de publicité des tiers possèdent un lien rationnel avec ces trois objectifs. Elles empêchent les personnes qui disposent de ressources financières importantes et sont capables de dépenser sans limite au titre de la publicité de dominer le débat électoral au détriment d'autres personnes, elles créent un équilibre entre les ressources financières de chaque candidat ou parti politique et elles renforcent la perception selon laquelle le processus électoral est substantiellement équitable, du fait qu'il permet un degré raisonnable d'égalité entre les citoyens désireux d'y prendre part. Deuxièmement, l'art. 350 porte une atteinte minimale au droit à la liberté d'expression. Aucune restriction ne s'applique à la publicité faite par les tiers avant le début de la période électorale. En dehors de cette période, les limites à l'intervention des tiers dans la vie politique n'existent pas. Tout individu ou groupe peut dépenser ou annoncer librement pour faire connaître ses vues ou pour convaincre autrui. En outre, la définition de « publicité électorale » à l'art. 319 ne vise que la publicité associée à un candidat ou à un parti. Les plafonds établis à l'art. 350 donnent aux tiers la possibilité de communiquer leur message aux électeurs sans écraser les candidats, les partis politiques ou d'autres tiers. Ils empêchent les voix des nantis de dominer le débat politique. Troisièmement, les effets bénéfiques de l'art. 350, c'est-à-dire le fait qu'il favorise l'accès au système électoral et l'équité de celui-ci, en plus d'accroître la confiance des Canadiens dans ce système, l'emportent sur l'effet préjudiciable de cette disposition, qui permet aux tiers de mener des campagnes informatives mais pas nécessairement persuasives.

L'article 351 est une disposition accessoire à l'art. 350 et il vise d'abord et avant tout à préserver l'intégrité

limits established under s. 350. It does not violate the freedom of expression, the right to vote or freedom of association. With respect to freedom of association, s. 351 does not prevent individuals from joining to form an association in the pursuit of a collective goal but rather precludes an individual or group from undertaking an activity, namely circumventing the third party election advertising limits set out in s. 350.

Section 323 infringes the right to free expression by prohibiting third parties from advertising on polling day. While it also engages the informational component of the right to vote, s. 323 does not infringe s. 3 as it does not have an adverse impact on the information available to voters. The infringement of s. 2(b) can be saved under s. 1. The objective of s. 323 — to provide an opportunity to respond to any potentially misleading election advertising — is pressing and substantial. The section is rationally connected to this objective and is minimally impairing. The blackout period is approximately 20 hours long and only applies to advertising. It has not been demonstrated to have any deleterious effects.

Because they restrict the political expression of those who do not comply with the scheme, ss. 352 to 357, 359, 360 and 362 have the effect of limiting free expression. They do not infringe s. 3, however, as they enhance the right to vote. The infringement of s. 2(b) is justified under s. 1. These provisions advance the pressing and substantial objectives of proper implementation and enforcement of the third party election advertising limits and of provision to voters of relevant election information. They are rationally connected to the first objective and the disclosure provisions, by adding transparency to the electoral process, are also rationally connected to the second objective. Sections 352 to 357, 359, 360 and 362 are minimally impairing. The disclosure and reporting requirements vary depending on the amount spent on election advertising and the personal information required of contributors is minimal. The salutary effects of the impugned measures outweigh the deleterious effects. By increasing the transparency and accountability of the electoral process, they discourage circumvention of the third party limits and enhance the confidence Canadians have in their electoral system. The deleterious effects, by contrast, are minimal.

du régime de plafonnement des dépenses établi par cet article. L'article 351 ne viole ni la liberté d'expression, ni le droit de vote ni la liberté d'association. Relativement à cette dernière liberté, l'art. 351 n'empêche pas des personnes de s'associer dans la poursuite d'un but commun, mais il interdit plutôt aux personnes ou groupes de se livrer à une activité précise, c'est-à-dire esquiver les plafonds fixés à l'art. 350 à l'égard des dépenses de publicité électorale des tiers.

L'article 323 enfreint le droit à la liberté d'expression en interdisant aux tiers de diffuser de la publicité le jour du scrutin. Bien que cet article touche également l'aspect informationnel du droit de vote, il ne contrevient pas à l'art. 3 de la *Charte*, puisqu'il n'a aucun effet préjudiciable sur l'information diffusée à l'électorat. La violation de l'al. 2b) peut être justifiée par application de l'article premier. L'objectif visé par l'art. 323 — donner aux intéressés l'occasion de réagir à toute publicité électorale potentiellement trompeuse — constitue un objectif urgent et réel. Cet article a un lien rationnel avec l'objectif susmentionné et il ne crée qu'une atteinte minimale. La période d'interdiction ne dure qu'environ 20 heures et l'interdiction vise seulement la publicité. Il n'a pas été établi que la période d'interdiction de publicité avait des effets préjudiciables.

Parce qu'ils ont pour effet de restreindre l'expression politique de ceux qui ne se conforment pas au régime, les art. 352-357, 359-360 et 362 ont pour effet de limiter la liberté d'expression de ces personnes. Ces dispositions ne violent toutefois pas l'art. 3, car elles renforcent le droit de vote. La violation de l'al. 2b) est justifiée au sens de l'article premier. Les dispositions susmentionnées favorisent les objectifs urgents et réels suivants : assurer la mise en œuvre et le respect des plafonds de dépenses de publicité électorale des tiers; mettre à la disposition des électeurs l'information électorale pertinente. Les articles en question sont rationnellement liés au premier objectif. Les obligations de divulgation renforcent la transparence du processus électoral et sont en outre rationnellement liées au second objectif. Les articles 352-357, 359-360 et 362 n'entraînent qu'une atteinte minimale au droit à la liberté d'association. Les obligations de divulgation varient selon la somme dépensée au titre de la publicité électorale, et les renseignements personnels exigés des donateurs sont minimaux. Les effets bénéfiques des mesures contestées l'emportent sur leurs effets préjudiciables. En renforçant la transparence du processus électoral et en accroissant l'imputabilité des tiers, ces obligations découragent l'évitement des plafonds applicables aux tiers, en plus de rehausser la confiance des Canadiens dans leur système électoral. À l'opposé, les effets préjudiciables de ces mesures sont minimaux.

Per McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. (dissenting in part): The third party advertising spending limits in s. 350 of the *Canada Elections Act* are inconsistent with the s. 2(b) *Charter* guarantees and, hence, invalid. The effect of third party limits for spending on advertising is to prevent citizens from effectively communicating their views on issues during an election campaign. The denial of effective communication to citizens violates free expression where it warrants the greatest protection — the sphere of political discourse. Section 350 puts effective radio and television communication beyond the reach of “third party” citizens, preventing citizens from effectively communicating their views on election issues, and restricting them to minor local communication. Effective expression of ideas thus becomes the exclusive right of registered political parties and their candidates.

Because citizens cannot mount effective national television, radio and print campaigns, the only sustained messages voters see and hear during the course of an election campaign are from political parties. The right of a citizen to hold views not espoused by a registered party and to communicate those views is essential to the effective debate upon which our democracy rests, and lies at the core of the free expression guarantee. Any limits to this right must be justified under s. 1 of the *Charter* by a clear and convincing demonstration that they serve a valid objective, do not go too far, and enhance more than harm the democratic process. Promoting electoral fairness by ensuring the equality of each citizen in elections, preventing the voices of the wealthy from drowning out those of others, and preserving confidence in the electoral system, are pressing and substantial objectives in a liberal democracy.

However, the infringement of the right to free expression is not proportionate to these objectives. There is no evidence to support a connection between the limits on citizen spending and electoral fairness, and the legislation does not infringe the right to free expression in a way that is measured and carefully tailored to the goals sought to be achieved. The limits imposed on citizens amount to a virtual ban on their participation in political debate during the election period, except through political parties. As in *Libman*, the Attorney General has not demonstrated that limits this draconian are required to meet the perceived dangers.

La juge en chef McLachlin et les juges Major et Binnie (dissidents en partie) : Les plafonds prescrits par l’art. 350 de la *Loi électorale du Canada* à l’égard des dépenses de publicité électorale des tiers ne respectent pas les garanties reconnues par l’al. 2b) de la *Charte* et sont, de ce fait, invalides. Ces plafonds ont pour effet d’empêcher les citoyens de communiquer efficacement leurs opinions sur les enjeux pendant une campagne électorale. Ce refus de permettre aux citoyens de communiquer efficacement porte atteinte à un aspect de la liberté d’expression qui mérite la plus grande protection — le discours politique. L’article 350 place hors d’atteinte des « tiers » la possibilité de communiquer efficacement à la radio et à la télévision leurs vues sur les enjeux électoraux, limitant leurs messages à une diffusion locale modeste. L’expression efficace des idées devient ainsi l’apanage des partis politiques enregistrés et de leurs candidats.

Parce que les citoyens se trouvent dans l'impossibilité d'organiser des campagnes publicitaires nationales efficaces dans les journaux, à la radio et à la télévision, les seuls messages que les électeurs peuvent voir et entendre de manière soutenue au cours d'une campagne électorale sont ceux émanant des partis politiques. Le droit d'un citoyen d'avoir des opinions auxquelles n'adhère aucun parti enregistré et de les faire valoir est essentiel au débat efficace sur lequel repose notre démocratie, et il constitue un aspect fondamental de la garantie relative à la liberté d'expression. Toute limite assortissant ce droit doit être justifiée, au sens de l'article premier de la *Charte*, par une démonstration claire et convaincante qu'elle sert un objectif valide, qu'elle ne va pas trop loin et qu'elle a pour effet non pas d'affaiblir le processus démocratique mais bien plutôt de le renforcer. Constituent des objectifs urgents et réels dans une démocratie libérale le fait de favoriser l'équité électorale en assurant l'égalité de chaque citoyen à l'occasion des élections, d'empêcher les voix des plus fortunés d'étouffer celles d'autres personnes et de maintenir la confiance du public dans le système électoral.

Toutefois, l'atteinte portée au droit à la liberté d'expression n'est pas proportionnée à ces objectifs. Il n'y a aucune preuve étayant l'existence d'un lien entre les plafonds de dépenses imposés au citoyen et l'équité électorale, et les dispositions législatives ne portent pas atteinte au droit à la liberté d'expression d'une manière modérée et soigneusement adaptée aux buts visés. Ces limites auxquelles sont assujettis les citoyens reviennent virtuellement à leur interdire toute participation au débat politique pendant la période électorale, sauf par l'entremise des partis politiques. Tout comme dans l'arrêt *Libman*, le procureur général n'a pas démontré que des limites aussi draconiennes soient nécessaires pour répondre aux risques qui, dit-on, existeraient.

Section 351 is invalid since it is keyed exclusively to the spending limits in s. 350. The polling day blackout in s. 323 infringes s. 2(b) of the *Charter*, but is justified as a reasonable measure in a free and democratic society under s. 1. The provisions in ss. 352 to 357, 359, 360 and 362 of the Act requiring citizens to register with the Chief Electoral Officer, self-identify on advertisements, and disclose their adherents and the nature of their expenditures serves the interests of transparency and an informed vote in the political process. Thus, the infringements to s. 2(b) are saved by s. 1.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 CSC 37; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **disapproved:** *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241; *Pacific Press v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 5 W.W.R. 219, 2000 BCSC 248; **referred to:** *National Citizens' Coalition Inc. v. Attorney General of Canada* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 CSC 94; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

By McLachlin C.J. and Major J. (dissenting in part)

Libman v. Quebec (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 569; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, 2002 CSC 14; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 CSC 2; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Irwin*

L'article 351 est invalide, puisqu'il se rattache exclusivement aux plafonds de dépenses fixés à l'art. 350. L'interdiction prescrite par l'art. 323 à l'égard de la publicité électorale le jour du scrutin porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*, mais elle est justifiée au sens de l'article premier, constituant une mesure raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Les dispositions énoncées aux art. 352-357, 359-360 et 362 de la Loi qui obligent les citoyens à s'enregistrer auprès du directeur général des élections, à mentionner leur nom dans les publicités et à divulguer le nom de leurs membres et la nature de leurs dépenses contribuent à la réalisation des objectifs de transparence du processus électoral et d'exercice éclairé du droit de vote. En conséquence, les atteintes aux droits garantis par l'al. 2b) sont justifiées au sens de l'article premier.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; **Renvoi :** *Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts critiqués :** *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241; *Pacific Press c. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 5 W.W.R. 219, 2000 BCSC 248; **arrêts mentionnés :** *National Citizens' Coalition Inc. c. Attorney General of Canada* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Major (dissidents en partie)

Libman c. Québec (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 569; *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, 2002 CSC 14; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S.

Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969); *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943); *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972); *United States v. Dellinger*, 472 F.2d 340 (1972); *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

- Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 259.1(1) [ad. 1993, c. 19, s. 112], 259.2(2) [*idem*].
Canada Elections Act, S.C. 1974, c. 5.
Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 319, 323, Part 17, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362, 496, 500, 501.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d), 3.
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).

Authors Cited

- Canada. Committee on Election Expenses. *Report of the Committee on Election Expenses*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Reforming Electoral Democracy: Final Report*. Ottawa: The Commission, 1991.
Feasby, Colin. "Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter: The Emerging Egalitarian Model" (1999), 44 *McGill L.J.* 5.
Fiss, Owen M. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
Johnston, Richard. "The Volume and Impact of Third-Party Advertising in the 1988 Election", preliminary study. University of British Columbia, December 1990.

1326; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Red Lion Broadcasting Co. c. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969); *Martin c. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943); *Kleindienst c. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972); *United States c. Dellinger*, 472 F.2d 340 (1972); *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), d), 3.
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948).
Loi électorale du Canada, S.C. 1974, ch. 5.
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 319, 323, partie 17, 350, 351, 352-357, 359, 360, 362, 496, 500, 501.
Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 259.1(1) [aj. 1993, ch. 19, art. 112], 259.2(2) [*idem*].
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47.

Doctrine citée

- Canada. Comité des dépenses électorales. *Rapport du Comité des dépenses électorales*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.
Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Pour une démocratie électorale renouvelée : Rapport final*. Ottawa : La Commission, 1991.
Feasby, Colin. « Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter : The Emerging Egalitarian Model » (1999), 44 *R.D. McGill 5.*
Fiss, Owen M. *The Irony of Free Speech*. Cambridge : Harvard University Press, 1996.
Johnston, Richard. « The Volume and Impact of Third-Party Advertising in the 1988 Election », preliminary study. University of British Columbia, December 1990.

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4, 223 D.L.R. (4th) 275, 320 A.R. 1, [2003] 8 W.W.R. 595, [2002] A.J. No. 1542 (QL), 2002 ABCA 301, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281, 295 A.R. 1, 9 W.W.R. 650, [2001] A.J. No. 808 (QL), 2001 ABQB 558. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. dissenting in part.

Graham R. Garton, Q.C., and Kirk Lambrecht, Q.C., for the appellant.

Alan D. Hunter, Q.C., Eric P. Groody and David H. de Vlieger, for the respondent.

Daniel Guttman and Michel Y. Hélie, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Jean-Yves Bernard and Jean-Vincent Lacroix, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Eugene B. Szach, for the intervenor the Attorney General of Manitoba.

David Baker and Faisal Bhabha, for the intervenors Democracy Watch and National Anti-Poverty Organization.

Peter F. M. Jones, for the intervenor Environment Voters, a division of Animal Alliance of Canada.

John Herbert Bryden, appearing on his own behalf.

The reasons of McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. (dissenting in part) — This Court has repeatedly held that liberal democracy demands the free expression of political opinion, and affirmed that political speech lies at the core of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*' guarantee of free expression. It has held that the freedom of expression includes the right to attempt to persuade through peaceful interchange.

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide : Dynamics of a Canadian Election*. Montreal : McGill-Queen's University Press, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4, 223 D.L.R. (4th) 275, 320 A.R. 1, [2003] 8 W.W.R. 595, [2002] A.J. No. 1542 (QL), 2002 ABCA 301, qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281, 295 A.R. 1, 9 W.W.R. 650, [2001] A.J. No. 808 (QL), 2001 ABQB 558. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Major et Binnie sont dissidents en partie.

Graham R. Garton, c.r., et Kirk Lambrecht, c.r., pour l'appelant.

Alan D. Hunter, c.r., Eric P. Groody et David H. de Vlieger, pour l'intimé.

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

Jean-Yves Bernard et Jean-Vincent Lacroix, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Eugene B. Szach, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

David Baker et Faisal Bhabha, pour les intervenantes Democracy Watch et l'Organisation nationale anti-pauvreté.

Peter F. M. Jones, pour l'intervenante Environment Voters, division de l'Alliance animale du Canada.

John Herbert Bryden, en personne.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Major et Binnie rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR (dissidents en partie) — La Cour a à maintes reprises déclaré que la démocratie libérale exige la libre expression des opinions politiques et que le discours politique représente un aspect fondamental de la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a jugé que la liberté d'expression emporte le droit de tenter de convaincre par la

And it has observed that the electoral process is the primary means by which the average citizen participates in the public discourse that shapes our polity. The question now before us is whether these high aspirations are fulfilled by a law that effectively denies the right of an ordinary citizen to give meaningful and effective expression to her political views during a federal election campaign.

2

The law at issue sets advertising spending limits for citizens — called third parties — at such low levels that they cannot effectively communicate with their fellow citizens on election issues during an election campaign. The practical effect is that effective communication during the writ period is confined to registered political parties and their candidates. Both enjoy much higher spending limits. This denial of effective communication to citizens violates free expression where it warrants the greatest protection — the sphere of political discourse. As in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, the incursion essentially denies effective free expression and far surpasses what is required to meet the perceived threat that citizen speech will drown out other political discourse. It follows that the law is inconsistent with the guarantees of the *Charter* and, hence, invalid.

I. Citizen Spending Limits

A. *What the Law Does*

3

The *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, sets limits for spending on advertising for individuals and groups. It limits citizens to spending a maximum of \$3,000 in each electoral district up to a total of \$150,000 nationally. Section 350 provides:

350. (1) A third party shall not incur election advertising expenses of a total amount of more than \$150,000

discussion pacifique. Elle a en outre fait remarquer que le processus électoral est le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui façonne notre société. La Cour doit maintenant décider si ces objectifs légitimes sont réalisés par des dispositions législatives qui, dans les faits, privent le citoyen ordinaire de son droit d'exprimer utilement et efficacement ses opinions politiques pendant la campagne qui précède une élection fédérale.

Les dispositions litigieuses fixent, à l'égard des dépenses publicitaires engagées par les citoyens — appelés les tiers —, des plafonds si bas que ces tiers ne peuvent discuter efficacement des enjeux électoraux avec leurs concitoyens pendant les campagnes électorales. Concrètement, ces mesures signifient que seuls les partis enregistrés et leurs candidats peuvent communiquer efficacement leur message pendant la période électorale, puisqu'ils jouissent de plafonds beaucoup plus élevés. Ce refus de permettre aux citoyens de communiquer efficacement porte atteinte à un aspect de la liberté d'expression qui mérite la plus grande protection — le discours politique. Tout comme dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, cette atteinte a essentiellement pour effet de nier concrètement la liberté d'expression, et elle dépasse de beaucoup les limites requises pour répondre à la menace voulant que le discours des citoyens étouffe les autres discours politiques. En conséquence, les dispositions législatives en question ne respectent pas les garanties reconnues par la *Charte* et sont, de ce fait, invalides.

I. Plafonnement des dépenses des citoyens

A. *L'effet des dispositions législatives litigieuses*

La *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, assujettit à certaines limites les dépenses publicitaires que peuvent faire les particuliers ou groupes. Ces derniers ne sont autorisés à dépenser qu'un maximum de 3 000 \$ dans un district électoral donné, jusqu'à concurrence de 150 000 \$ à l'échelle nationale. L'article 350 prévoit ce qui suit :

350. (1) Il est interdit aux tiers, pendant la période électorale relative à une élection générale, de faire des

during an election period in relation to a general election.

(2) Not more than \$3,000 of the total amount referred to in subsection (1) shall be incurred to promote or oppose the election of one or more candidates in a given electoral district, including by

- (a) naming them;
- (b) showing their likenesses;
- (c) identifying them by their respective political affiliations; or
- (d) taking a position on an issue with which they are particularly associated.

Section 350(2)(d) is particularly restrictive. It prohibits individuals from spending more than the allowed amounts on any issue with which a candidate is “particularly associated”. The candidates in an election are typically associated with a wide range of views on a wide range of issues. The evidence shows that the effect of the limits is to prevent citizens from effectively communicating their views on issues during an election campaign.

The limits do not permit citizens to effectively communicate through the national media. The Chief Electoral Officer testified that it costs approximately \$425,000 for a one-time full-page advertisement in major Canadian newspapers. The Chief Electoral Officer knows from personal experience that this is the cost of such communication with Canadians, because he used this very method to inform Canadians of the changes to the *Canada Elections Act* prior to the last federal election. It is telling that the Chief Electoral Officer would have been unable to communicate this important change in the law to Canadians were he subject — as are other Canadians — to the national expenditure limit of \$150,000 imposed by the law.

Nor do the limits permit citizens to communicate through the mail. The Canada Post bulk mailing rate for some ridings amounts to more than \$7,500, effectively prohibiting citizens from launching a

dépenses de publicité électorale dépassant, au total, 150 000 \$.

(2) Du total visé au paragraphe (1), il est interdit aux tiers de dépenser, au total, plus de 3 000 \$ pour favoriser l'élection d'un ou de plusieurs candidats ou s'opposer à l'élection d'un ou de plusieurs candidats, dans une circonscription donnée, notamment :

- a) en les nommant;
- b) en montrant leur photographie;
- c) en les identifiant par la mention de leur appartenance politique;
- d) en prenant une position sur une question à laquelle ils sont particulièrement associés.

L'alinéa 350(2)d) est particulièrement restrictif. Il interdit aux particuliers de dépenser plus que la somme prescrite à l'égard de toute question à laquelle un candidat est « particulièrement associé ». Les candidats à une élection sont généralement associés à un large éventail d'opinions touchant un grand nombre de questions. La preuve démontre que les plafonds prévus empêchent les citoyens de communiquer efficacement leurs opinions pendant une campagne électorale.

Ces plafonds empêchent les citoyens de recourir aux médias nationaux pour communiquer efficacement leurs idées. D'après le témoignage du directeur général des élections, il en coûte environ 425 000 \$ pour faire publier une seule fois une annonce pleine page dans les principaux journaux du Canada. Le directeur général des élections connaît personnellement le coût d'une telle annonce à l'intention des Canadiens, ayant lui-même eu recours à cette méthode pour les informer des modifications apportées à la *Loi électorale du Canada* avant la dernière élection fédérale. Le fait que le directeur général des élections n'aurait pas été en mesure de communiquer cette importante modification législative aux Canadiens s'il avait été assujetti — à l'instar des autres Canadiens — au plafond global de 150 000 \$ imposé par les dispositions législatives en cause en dit long sur l'effet de celles-ci.

Les plafonds ne permettent pas non plus aux citoyens de communiquer par la poste. Dans certaines circonscriptions électorales, le tarif prescrit par Postes Canada pour les envois en nombre s'élève

mail campaign in these ridings without exceeding the \$3,000 limit.

6 The \$3,000 riding limits are further reduced by the national limit of \$150,000, which precludes citizens from spending the maximum amount in each of the 308 ridings in Canada. This effectively diminishes the \$3,000 riding maximum. Quite simply, it puts effective radio and television communication within constituencies or throughout the country beyond the reach of "third party" citizens.

à plus de 7 500 \$, situation qui empêche concrètement les citoyens d'y lancer une campagne postale sans excéder le plafond de 3 000 \$.

La limite de 3 000 \$ par circonscription se trouve en outre réduite du fait de l'existence du plafond national de 150 000 \$, lequel empêche les citoyens de dépenser 3 000 \$ dans chacune des 308 circonscriptions électorales du Canada. Ce plafond national réduit effectivement la somme maximale de 3 000 \$ par circonscription. Il place tout simplement hors d'atteinte des « tiers » la possibilité de communiquer efficacement leur message à la radio et à la télévision à l'intérieur des circonscriptions ou dans l'ensemble du pays.

7 Under the limits, a citizen may place advertisements in a local paper within her constituency. She may print some flyers and distribute them by hand or post them in conspicuous places. She may write letters to the editor of regional and national newspapers and hope they will be published. In these and other ways, she may be able to reach a limited number of people on the local level. But she cannot effectively communicate her position to her fellow citizens throughout the country in the ways those intent on communicating such messages typically do — through mail-outs and advertising in the regional and national media. The citizen's message is thus confined to minor local dissemination with the result that effective local, regional and national expression of ideas becomes the exclusive right of registered political parties and their candidates.

En respectant les limites prescrites, il est possible à un citoyen de faire paraître des annonces dans un journal local de sa circonscription. Il peut faire imprimer des circulaires et ensuite les distribuer manuellement ou les afficher dans des endroits en vue. Il peut écrire aux éditeurs des journaux régionaux et nationaux en espérant que ses lettres soient publiées. Ces moyens, ainsi que d'autres, peuvent lui permettre de rejoindre un nombre limité de personnes à l'échelle locale. Il ne peut toutefois pas faire connaître efficacement sa position à ses concitoyens dans l'ensemble du pays de la même manière que le font habituellement ceux qui entendent transmettre ce genre de messages — c'est-à-dire au moyen d'envois postaux et de publicité dans les médias régionaux et nationaux. Le message du citoyen fait l'objet d'une diffusion locale modeste, si bien que l'expression efficace d'idées à l'échelle locale, régionale et nationale devient l'apanage des partis politiques enregistrés et de leurs candidats.

8 Comparative statistics underline the meagreness of the limits. The national advertising spending limits for citizens represent 1.3 percent of the national advertising limits for political parties. In Britain, a much more geographically compact country, the comparable ratio is about 5 percent. It is argued that the British limits apply to different categories of advertising over a greater period, but the discrepancy nevertheless remains significant.

Les statistiques comparatives font bien ressortir l'insuffisance de ces plafonds. La limite applicable aux dépenses publicitaires des citoyens à l'échelle nationale représente 1,3 pour 100 de celle imposée aux partis politiques. En Grande-Bretagne, pays beaucoup moins étendu géographiquement, ce ratio atteint environ 5 pour 100. On fait valoir que le plafond britannique s'applique à différents types de publicité et sur une plus longue période, mais l'écart demeure néanmoins important.

It is therefore clear that the *Canada Elections Act*'s advertising limits prevent citizens from effectively communicating their views on election issues to their fellow citizens, restricting them instead to minor local communication. As such, they represent a serious incursion on free expression in the political realm. The Attorney General raises three reasons why this restriction is justified as a reasonable limit in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*: to ensure the equality of each citizen in elections; to prevent the voices of the wealthy from drowning out those of others; and to preserve confidence in the electoral system. Whether that is so is the question in this appeal.

B. *Is the Incursion on Free Speech Justified?*

(1) The Significance of the Infringement

One cannot determine whether an infringement of a right is justified without examining the seriousness of the infringement. Our jurisprudence on the guarantee of the freedom of expression establishes that some types of expression are more important and hence more deserving of protection than others. To put it another way, some restrictions on freedom of expression are easier to justify than others.

Political speech, the type of speech here at issue, is the single most important and protected type of expression. It lies at the core of the guarantee of free expression; see *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, 2002 SCC 14, at para. 20; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 23; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 92; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 175; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 968.

Il est par conséquent clair que le plafonnement des dépenses que prescrit la *Loi électorale du Canada* empêche les citoyens de communiquer efficacement à leurs concitoyens leurs opinions sur les enjeux électoraux, les restreignant plutôt à des communications locales d'envergure limitée. En ce sens, le plafonnement des dépenses constitue une atteinte grave à la liberté d'expression politique. Le procureur général du Canada invoque trois raisons pour justifier cette restriction en tant que limite raisonnable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte* : garantir l'égalité de tous les citoyens à l'occasion des élections; empêcher les voix des plus fortunés d'étouffer celles des autres; maintenir la confiance dans le système électoral. Il s'agit en l'espèce de décider si ces justifications sont fondées.

B. *L'atteinte à la liberté d'expression est-elle justifiée?*

(1) La gravité de l'atteinte

Il est impossible de décider si une atteinte à un droit est justifiée sans s'interroger sur la gravité de cette atteinte. Notre jurisprudence sur la garantie relative à la liberté d'expression établit que certaines formes d'expression sont plus importantes que d'autres et que, de ce fait, elles méritent une plus grande protection. Autrement dit, certaines restrictions à la liberté d'expression sont plus facilement justifiables.

Le discours politique — forme d'expression en cause dans le présent pourvoi — représente la forme d'expression la plus importante et la plus protégée. Il constitue un aspect fondamental de la garantie relative à la liberté d'expression; voir *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, 2002 CSC 14, par. 20; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 23; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 92; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, p. 175; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1336; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968.

12

The right of the people to discuss and debate ideas forms the very foundation of democracy; see *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 145-46. For this reason, the Supreme Court of Canada has assiduously protected the right of each citizen to participate in political debate. As Dickson C.J. stated in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 764, “[t]he state therefore cannot act to hinder or condemn a political view without to some extent harming the openness of Canadian democracy and its associated tenet of equality for all.”

13

Section 2(b) of the *Charter* aims not just to guarantee a voice to registered political parties, but an equal voice to each citizen. The right of each citizen to participate in democratic discussion was embraced by Iacobucci J., who elaborated on the scope of s. 3 for the Court in *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37, at para. 26:

Section 3 does not advert to the composition of Parliament subsequent to an election, but only to the right of each citizen to a certain level of participation in the electoral process. On its very face, then, the central focus of s. 3 is the right of each citizen to participate in the electoral process. This signifies that the right of each citizen to participate in the political life of the country is one that is of fundamental importance in a free and democratic society and suggests that s. 3 should be interpreted in a manner that ensures that this right of participation embraces a content commensurate with the importance of individual participation in the selection of elected representatives in a free and democratic state. Defining the purpose of s. 3 with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, rather than the composition of Parliament subsequent to an election, better ensures that the right of participation that s. 3 explicitly protects is not construed too narrowly. [Emphasis added.]

14

Permitting an effective voice for unpopular and minority views — views political parties may not embrace — is essential to deliberative democracy. The goal should be to bring the views of all citizens into the political arena for consideration, be they accepted or rejected at the end of the day. Free

Le droit des citoyens de discuter de certaines idées et d'en débattre représente le fondement même de la démocratie; voir *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, p. 145-146. Pour cette raison, la Cour suprême du Canada a constamment protégé le droit de chaque citoyen de participer au débat politique. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 764, « [l']État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous. »

L'alinéa 2b) de la *Charte* vise non seulement à garantir aux partis enregistrés le droit de s'exprimer, mais également à garantir le même droit à tout citoyen. Le droit de tout citoyen de participer aux discussions démocratiques a été reconnu par le juge Iacobucci qui, s'exprimant alors pour la Cour, a précisé la portée de l'art. 3 dans l'arrêt *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37, par. 26 :

L'article [3] ne fait pas état de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection, mais uniquement du droit de tout citoyen à un certain degré de participation au processus électoral. Il ressort donc du texte même de l'art. 3 que l'élément central de cette disposition est le droit de tout citoyen de participer au processus électoral. Il en découle que le droit de tout citoyen de participer à la vie politique du pays revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique et que l'art. 3 doit être interprété d'une manière propre à faire en sorte que la teneur de ce droit de participation corresponde à l'importance de la participation individuelle à l'élection des députés dans un État libre et démocratique. Définir l'objectif de cette disposition en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection, protège davantage contre les interprétations trop restrictives le droit de participation que garantit expressément l'art. 3. [Nous soulignons.]

Permettre concrètement aux intéressés d'exprimer des opinions impopulaires et minoritaires — auxquelles les partis politiques peuvent ne pas souscrire — est essentiel à une démocratie délibérative. L'objectif doit être d'introduire dans l'arène politique les opinions de tous les citoyens, pour qu'elles

speech in the public square may not be curtailed merely because one might find the message unappealing or the messenger distasteful (*Figueroa, supra*, at para. 28):

Put simply, full political debate ensures that ours is an open society with the benefit of a broad range of ideas and opinions. . . . This, in turn, ensures not only that policy makers are aware of a broad range of options, but also that the determination of social policy is sensitive to the needs and interests of a broad range of citizens.

Participation in political debate “is . . . the primary means by which the average citizen participates in the open debate that animates the determination of social policy”; see *Figueroa*, at para. 29.

The right to participate in political discourse is a right to effective participation — for each citizen to play a “meaningful” role in the democratic process, to borrow again from the language of *Figueroa*. In *Committee for the Commonwealth, supra*, at p. 250, McLachlin J. stated that s. 2(b) aspires to protect “the interest of the individual in effectively communicating his or her message to members of the public” (emphasis added). In the same case, Lamer C.J. declared that “it must be understood that the individual has an interest in communicating his ideas in a place which, because of the presence of listeners, will favour the effective dissemination of what he has to say” (emphasis added); see *Committee for the Commonwealth*, at p. 154.

The ability to engage in effective speech in the public square means nothing if it does not include the ability to attempt to persuade one’s fellow citizens through debate and discussion. This is the kernel from which reasoned political discourse emerges. Freedom of expression must allow a citizen to give voice to her vision for her community and nation, to advocate change through the art of persuasion in the hope of improving her life and indeed the larger social, political and economic landscape; see *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8, at para. 32; *U.F.C.W., Local 1518*

puissent être considérées, et ce peu importe si, en définitive, elles sont acceptées ou rejetées. On ne peut pas restreindre la liberté de s’exprimer sur la place publique simplement parce qu’on juge le message déplaisant ou le messager désagréable (*Figueroa*, précité, par. 28) :

Plus simplement, un large débat politique permet à notre société de demeurer ouverte et de bénéficier d’une vaste gamme d’idées et d’opinions. [. . .] À son tour, cette situation en sorte fait non seulement que les décideurs disposent d’une vaste gamme de solutions, mais également que la politique sociale tient compte des besoins et des intérêts d’un large éventail de citoyens.

La participation au débat politique « constitue [. . .] le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui précède l’établissement de la politique sociale »; voir *Figueroa*, par. 29.

Le droit de participer au débat politique se veut un droit à une participation efficace — soit le droit pour tout citoyen de jouer un rôle « significatif » dans le processus démocratique, pour citer de nouveau l’arrêt *Figueroa*. Dans *Comité pour la République du Canada*, précité, p. 250, la juge McLachlin a dit que l’al. 2b) vise à protéger « l’intérêt qu’a le citoyen à communiquer efficacement son message au public » (nous soulignons). Dans le même arrêt, le juge en chef Lamer a dit qu’« [i]l faut donc comprendre que l’individu a intérêt à transmettre ses idées en un lieu qui, de par la présence d’interlocuteurs, favorisera la dissémination efficace de ses propos » (nous soulignons); voir *Comité pour la République du Canada*, p. 154.

15

La faculté de s’exprimer concrètement sur la place publique perd son sens si elle ne s’accompagne pas de la faculté de tenter de persuader ses concitoyens par le débat et la discussion. Il s’agit de l’essence même du discours politique rationnel. La liberté d’expression doit permettre au citoyen d’exprimer son avis sur l’avenir de la collectivité et de la nation, de plaider en faveur d’un changement en pratiquant l’art de la persuasion dans l’espoir d’améliorer son propre sort et même le paysage social, politique et économique en général; voir *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8,

16

v. *KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 43.

17 Freedom of expression protects not only the individual who speaks the message, but also the recipient. Members of the public — as viewers, listeners and readers — have a right to information on public governance, absent which they cannot cast an informed vote; see *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1339-40. Thus the Charter protects listeners as well as speakers; see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 766-67.

18 This is not a Canadian idiosyncrasy. The right to receive information is enshrined in both the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47. Canada is a signatory to both. American listeners enjoy the same right; see *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969), at p. 390; *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943), at p. 143. The words of Marshall J., dissenting, in *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972), at p. 775, ring as true in this country as they do in our neighbour to the south:

[T]he right to speak and hear — including the right to inform others and to be informed about public issues — are inextricably part of [the First Amendment]. The freedom to speak and the freedom to hear are inseparable; they are two sides of the same coin. But the coin itself is the process of thought and discussion. The activity of speakers becoming listeners and listeners becoming speakers in the vital interchange of thought is the means indispensable to the discovery and spread of political truth. [Citations omitted.]

19 The *Canada Elections Act* undercuts the right to listen by withholding from voters an ingredient that is critical to their individual and collective deliberation: substantive analysis and commentary on political issues of the day. The spending limits impede the ability of citizens to communicate with one another through public fora and media during elections and curtail the diversity of perspectives heard and

par. 32; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 43.

La liberté d'expression protège non seulement celui qui communique le message, mais aussi celui qui le reçoit. Le public — en tant que spectateurs, auditeurs et lecteurs — a le droit d'être informé sur l'administration de l'État, à défaut de quoi il ne peut voter de façon éclairée; voir *Edmonton Journal*, précité, p. 1339-1340. Ainsi, la Charte protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute; voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 766-767.

Ce droit n'est pas exclusif au Canada. Le droit à l'information est consacré dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), et dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, conventions dont le Canada est signataire. Aux États-Unis, les auditeurs jouissent du même droit; voir *Red Lion Broadcasting Co. c. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969), p. 390; *Martin c. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943), p. 143. Dans l'arrêt *Kleindienst c. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972), p. 775, les propos suivants, tirés des motifs de dissidence du juge Marshall, s'appliquent autant au Canada que chez nos voisins du Sud :

[TRADUCTION] [L]e droit de parler et celui d'écouter — y compris le droit d'informer autrui et d'être soi-même informé sur des questions d'intérêt public — font inextricablement partie du [Premier amendement]. La liberté de parler et celle d'écouter sont inséparables; elles sont les deux côtés d'une même médaille. Mais la médaille elle-même représente le processus de réflexion et de discussion. L'activité par laquelle le locuteur devient l'auditeur, et vice versa, dans l'essentiel processus d'échange d'idées est le moyen indispensable pour découvrir et répandre la vérité politique. [Références omises.]

La *Loi électorale du Canada* compromet le droit des électeurs d'écouter en les privant d'un élément essentiel à leur réflexion individuelle et collective : les commentaires et les analyses de fond sur les enjeux politiques de l'heure. Le plafonnement des dépenses nuit à la capacité des citoyens de communiquer entre eux sur la place publique et dans les médias en période électorale, et il limite la diversité

assessed by the electorate. Because citizens cannot mount effective national television, radio and print campaigns, the only sustained messages voters see and hear during the course of an election campaign are from political parties.

It is clear that the right here at issue is of vital importance to Canadian democracy. In the democracy of ancient Athens, all citizens were able to meet and discuss the issues of the day in person. In our modern democracy, we cannot speak personally with each of our fellow citizens. We can convey our message only through methods of mass communication. Advertising through mail-outs and the media is one of the most effective means of communication on a large scale. We need only look at the reliance of political parties on advertising to realize how important it is to actually reaching citizens — in a word, to effective participation. The ability to speak in one's own home or on a remote street corner does not fulfill the objective of the guarantee of freedom of expression, which is that each citizen be afforded the opportunity to present her views for public consumption and attempt to persuade her fellow citizens. Pell J.'s observation could not be more apt: “[s]peech without effective communication is not speech but an idle monologue in the wilderness”; see *United States v. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), at p. 415.

This is the perspective from which we must approach the question whether the limitation on citizen spending is justified. It is no answer to say that the citizen can speak through a registered political party. The citizen may hold views not espoused by a registered party. The citizen has a right to communicate those views. The right to do so is essential to the effective debate upon which our democracy rests, and lies at the core of the free expression guarantee. That does not mean that the right cannot be limited. But it does mean that limits on it must be supported

des points de vue soumis à l'appréciation de l'électeurat. Parce que les citoyens se trouvent dans l'impossibilité d'organiser des campagnes publicitaires nationales efficaces dans les journaux, à la radio et à la télévision, les seuls messages que les électeurs peuvent voir et entendre de manière soutenue au cours d'une campagne électorale sont ceux émanant des partis politiques.

Il est clair que le droit en cause revêt une importance vitale pour la démocratie canadienne. Dans le régime démocratique de l'ancienne Athènes, tous les citoyens pouvaient se rencontrer et discuter de vive voix des questions de l'heure. Dans notre démocratie moderne, il nous est impossible de converser individuellement avec chacun de nos concitoyens. La communication de notre message passe nécessairement par les méthodes de communication de masse. La publicité par la poste et par les médias est l'un des moyens de communication à grande échelle les plus efficaces. Il suffit de voir dans quelle mesure les partis politiques ont recours à la publicité pour constater à quel point celle-ci est importante pour rejoindre véritablement les citoyens — en un mot, pour permettre une participation effective. La faculté de s'exprimer dans son foyer ou au coin d'une rue ne satisfait pas l'objectif visé par la garantie relative à la liberté d'expression, qui exige que chaque citoyen ait la possibilité de présenter publiquement son point de vue et de tenter de persuader ses concitoyens. En ce sens, l'observation formulée par le juge Pell est on ne peut plus appropriée : [TRADUCTION] « [u]n discours sans communication efficace n'est pas un discours, c'est comme prêcher dans le désert »; voir *United States c. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), p. 415.

C'est sous cet angle que nous devons nous demander si le plafonnement des dépenses imposé aux citoyens est justifié. Affirmer qu'un citoyen peut s'exprimer par la voix d'un parti politique enregistré ne répond pas à la question. En effet, il est possible qu'un citoyen ait des opinions auxquelles n'adhère aucun parti enregistré. Le citoyen a pourtant le droit de les faire valoir. Ce droit est essentiel au débat efficace sur lequel repose notre démocratie, et il est un aspect fondamental de la garantie relative à la liberté d'expression. Cela ne signifie pas qu'il ne peut pas

20

21

by a clear and convincing demonstration that they are necessary, do not go too far, and enhance more than harm the democratic process.

être assorti de limites. Toutefois, il doit être démontré de manière claire et convaincante que ces limites sont nécessaires, qu'elles ne vont pas trop loin et qu'elles ont pour effet non pas d'affaiblir le processus démocratique mais bien plutôt de le renforcer.

(2) The Law's Objective: Is It Pressing and Substantial?

- 22 Under this head we consider the reasons given by the Attorney General to justify limiting the right of citizens to freely express themselves on political issues during the election period. The Attorney General states that the objective of the legislation is to promote fair elections.
- 23 In more concrete terms, the limits are purported to further three objectives: first, to favour equality, by preventing those with greater means from dominating electoral debate; second, to foster informed citizenship, by ensuring that some positions are not drowned out by others (this is related to the right to participate in the political process by casting an informed vote); third, to enhance public confidence by ensuring equality, a better informed citizenship and fostering the appearance and reality of fairness in the democratic process.
- 24 These are worthy social purposes, endorsed as pressing and substantial by this Court in *Libman, supra*, at para. 47:
- Elections are fair and equitable only if all citizens are reasonably informed of all the possible choices and if parties and candidates are given a reasonable opportunity to present their positions so that election discourse is not dominated by those with access to greater financial resources.
- 25 The Alberta courts in this case found that the stated objective was not pressing and substantial. We cannot accept that conclusion for two reasons. First, as discussed, this Court has clearly found it to be pressing and substantial in *Libman*, in so doing expressly rejecting the earlier Alberta decision in *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996),

(2) L'objet des dispositions législatives est-il urgent et réel?

Relativement à cette question, nous allons examiner les raisons avancées par le procureur général pour justifier la restriction du droit des citoyens de s'exprimer librement sur des enjeux politiques pendant la période électorale. Le procureur général affirme que les dispositions législatives contestées ont pour objet de favoriser la tenue d'élections équitables.

Plus concrètement, le plafonnement est censé servir trois objectifs : premièrement, favoriser l'égalité en empêchant les plus fortunés de dominer le débat électoral; deuxièmement, faciliter l'information des citoyens en veillant à ce que certaines positions ne soient pas étouffées par d'autres (cet objectif est lié au droit des citoyens de participer au processus politique en votant de façon éclairée); troisièmement, renforcer la confiance du public en garantissant l'égalité de participation et un électorat mieux informé, et en favorisant l'équité — tant apparente que réelle — du processus démocratique.

Il s'agit là d'objectifs sociaux valables, que notre Cour a déclaré urgents et réels dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 47 :

Les élections n'ont de caractère juste et équitable que si tous les citoyens et citoyennes sont raisonnablement informés de tous les choix possibles et que l'on donne une possibilité raisonnable aux partis, aux candidats et aux candidates d'exposer leur position afin que le débat électoral ne soit pas dominé par ceux qui ont accès à des moyens financiers plus importants.

En l'espèce, les tribunaux albertain ont estimé que l'objectif déclaré n'était pas urgent et réel. Nous ne pouvons souscrire à cette conclusion, et ce pour deux raisons. D'une part, comme nous l'avons vu plus tôt, notre Cour a clairement jugé qu'il s'agissait d'un objectif urgent et réel dans l'arrêt *Libman*, rejetant par le fait même expressément la décision

184 A.R. 241 (C.A.). Second, the Alberta courts, with respect, posed the wrong question. They asked whether the evidence proved a pressing and substantial reason to impose limits on citizen spending existed. But the proper question at this stage of the analysis is whether the Attorney General has asserted a pressing and substantial objective. Whether the objective is furthered falls to be considered at the proportionality analysis which inquires into rational connection, minimal impairment and whether the benefit conferred (if any) outweighs the significance of the infringement.

Common sense dictates that promoting electoral fairness is a pressing and substantial objective in our liberal democracy, even in the absence of evidence that past elections have been unfair; see *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 38. A theoretical objective asserted as pressing and substantial is sufficient for purposes of the s. 1 justification analysis; see *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 38; *Harvey*, *supra*, at para. 38; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 191; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 281; *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1343-45.

Thus we find that the Attorney General has asserted a pressing and substantial objective.

C. Proportionality

(1) Rational Connection

The first inquiry in determining whether the infringement is proportionate to the harm done is whether there is a rational connection between the infringing measure and the pressing and substantial objective that the infringement is said to serve. In this case, the question is whether the limits on citizen spending are rationally connected to ensuring electoral fairness in the sense of giving citizens an equal voice in elections, informing the public

prononcée par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241. D'autre part, en toute déférence, les tribunaux albertaines se sont posé la mauvaise question. Ils se sont demandé si la preuve démontrait l'existence d'une raison urgente et réelle d'imposer des plafonds aux dépenses qu'un citoyen peut engager. Or, la bonne question à cette étape de l'analyse consiste plutôt à décider si le procureur général a invoqué un objectif urgent et réel. Quant à la question de savoir si les dispositions contestées contribuent à la réalisation de cet objectif, elle doit être examinée au cours de l'analyse de la proportionnalité, laquelle s'attache au lien rationnel, à l'atteinte minimale et au fait de savoir si l'effet bénéfique de l'atteinte (si tant est qu'elle produit un tel effet) l'emporte sur son effet préjudiciable.

Le bon sens veut que la promotion de l'équité électorale soit un objectif urgent et réel dans notre démocratie libérale, même en l'absence de preuve montrant que les élections antérieures ont été inévitables; voir *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 38. Un objectif théorique présenté comme urgent et réel suffit pour les besoins de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier; voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 38; *Harvey*, précité, par. 38; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 191; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 281; *Edmonton Journal*, précité, p. 1343-1345.

En conséquence, nous concluons que le procureur général a invoqué un objectif urgent et réel.

C. Proportionnalité

(1) Le lien rationnel

Pour décider si l'atteinte est proportionnelle au préjudice causé, il faut d'abord se demander s'il existe un lien rationnel entre la mesure attentatoire et l'objectif urgent et réel que l'atteinte est censée contribuer à réaliser. Dans le présent pourvoi, il s'agit de décider si les plafonds de dépenses imposés aux citoyens sont rationnellement liés à l'objectif d'équité électorale, c'est-à-dire donner aux citoyens une voix égale lors des élections, informer

26

27

28

on electoral issues and preserving public confidence in the electoral system.

29 The Attorney General has offered no evidence to support a connection between the limits on citizen spending and electoral fairness. However, reason or logic may establish the requisite causal link; see *Sharpe, supra*; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452. In *Thomson Newspapers, supra*, the Court accepted as reasonable the conclusion that polls exert significant influence on the electoral process and individual electoral choice. More to the point, in *Libman, supra*, the Court concluded that electoral spending limits are rationally connected to the objective of fair elections. While some of the evidence on which this conclusion was based has since been discredited, the conclusion that limits may in theory further electoral fairness is difficult to gainsay.

30 Nevertheless, the supposition that uncontrolled spending could favour the messages of wealthier citizens or adversely affect the ability of less wealthy citizens to become informed on electoral issues is not irrational, particularly in a regime where party spending is limited. It follows that spending limits may, at least in principle, promote electoral fairness.

31 The real question in this case is not whether there exists a rational connection between the government's stated objectives and the limits on citizens imposed by the *Canada Elections Act*. It is whether the limits go too far in their incursion on free political expression.

(2) Minimal Impairment

32 The question at this stage is whether the legislation infringes the right to free expression in a way that is measured and carefully tailored to the goals sought to be achieved. The "impairment must be 'minimal', that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than

le public sur les enjeux électoraux et préserver la confiance de celui-ci dans le système électoral.

Le procureur général n'a présenté aucune preuve étayant l'existence d'un lien entre les plafonds de dépenses imposés au citoyen et l'équité électorale. Cependant, il est possible d'établir le lien causal requis en faisant appel à la raison ou la logique; voir *Sharpe*, précité; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452. Dans *Thomson Newspapers*, précité, la Cour a jugé raisonnable la conclusion portant que les sondages ont une influence importante sur le processus électoral et sur les choix électoraux individuels. Point plus pertinent encore, dans l'arrêt *Libman*, précité, la Cour a conclu que le plafonnement des dépenses électorales est rationnellement lié à l'objectif d'équité électorale. Bien qu'une certaine partie de la preuve sur laquelle reposait cette conclusion ait depuis été discreditée, la conclusion voulant que ce plafonnement puisse, en théorie, favoriser l'équité électorale est difficile à réfuter.

Néanmoins, l'hypothèse selon laquelle l'absence de restriction des dépenses favoriserait les messages des citoyens plus fortunés ou nuirait à la possibilité des moins bien nantis d'être informés sur les enjeux électoraux n'est pas irrationnelle, en particulier dans un régime où les dépenses des partis sont limitées. Il s'ensuit que le plafonnement des dépenses peut, du moins en principe, favoriser l'équité électorale.

En l'espèce, la véritable question ne consiste pas à se demander s'il existe un lien rationnel entre les objectifs déclarés du gouvernement et les plafonds de dépenses imposés aux citoyens par la *Loi électorale du Canada*, mais plutôt si ce plafonnement porte une atteinte trop grande à la liberté d'expression politique.

(2) L'atteinte minimale

À cette étape, il s'agit de déterminer si les dispositions législatives portent atteinte au droit à la liberté d'expression d'une manière qui est modérée et soigneusement adaptée aux objectifs visés par le législateur. La « restriction doit être "minimale", c'est-à-dire que la loi doit être

necessary": *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160. The difficulty with the Attorney General's case lies in the disproportion between the gravity of the problem — an apprehended possibility of harm — and the severity of the infringement on the right of political expression.

It is impossible to say whether an infringement is carefully tailored to the asserted goals without having some idea of the actual seriousness of the problem being addressed. The yardstick by which excessive interference with rights is measured is the need for the remedial infringement. If a serious problem is demonstrated, more serious measures may be needed to tackle it. Conversely, if a problem is only hypothetical, severe curtailments on an important right may be excessive.

Here the concern of the Alberta courts that the Attorney General had not shown any real problem requiring rectification becomes relevant. The dangers posited are wholly hypothetical. The Attorney General presented no evidence that wealthier Canadians — alone or in concert — will dominate political debate during the electoral period absent limits. It offered only the hypothetical possibility that, without limits on citizen spending, problems could arise. If, as urged by the Attorney General, wealthy Canadians are poised to hijack this country's election process, an expectation of some evidence to that effect is reasonable. Yet none was presented. This minimizes the Attorney General's assertions of necessity and lends credence to the argument that the legislation is an overreaction to a non-existent problem.

On the other side of the equation, the infringement on the right is severe. We earlier reviewed the stringency of the limits. They prevent citizens from effectively communicating with their

soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire» : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160. La difficulté que présente la preuve du procureur général découle de l'écart entre l'ampleur du problème — la possibilité d'un préjudice — et la gravité de l'atteinte portée au droit à l'expression politique.

Il est impossible de décider si une atteinte est soigneusement adaptée aux objectifs avancés sans se former une certaine idée de la gravité réelle du problème visé. Le critère qui permet d'évaluer si une atteinte à certains droits est excessive est celui de la nécessité de l'atteinte réparatrice. Si l'existence d'un problème grave est démontrée, des mesures plus rigoureuses peuvent être nécessaires pour y remédier. À l'inverse, s'il ne s'agit que d'un problème hypothétique, des restrictions sérieuses à un droit important peuvent être jugées excessives.

La conclusion des tribunaux albertain que le procureur général n'a pas établi l'existence d'un véritable problème requérant son intervention devient pertinente à cette étape-ci. Les risques invoqués sont entièrement hypothétiques. Le procureur général n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que les Canadiens fortunés — seuls ou en groupe — domineraient le débat politique pendant la période électorale si aucune limite n'existe. Il n'a fait que soulever l'hypothèse que des problèmes pourraient surgir en l'absence des plafonds applicables aux dépenses qu'un citoyen peut engager. Si, comme insiste le procureur général, les Canadiens fortunés sont prêts à détourner le processus électoral de notre pays, il est raisonnable de penser qu'il présenterait une certaine preuve à cet effet. Pourtant aucune preuve de cette nature n'a été soumise. Cette lacune affaiblit les prétenions du procureur général au sujet de la nécessité des dispositions contestées et renforce l'argument voulant que ces mesures constituent une réponse excessive à un problème inexistant.

Par ailleurs, l'atteinte portée au droit en cause est grave. Nous nous sommes penchés plus tôt sur la rigueur des plafonds. Ceux-ci empêchent les citoyens de discuter efficacement avec leurs

33

34

35

fellow citizens on election issues during a campaign. Any communication beyond the local level is effectively rendered impossible, and even at that level is seriously curtailed. The spending limits do not allow citizens to express themselves through mail-outs within certain ridings, radio and television media, nor the national press. Citizens are limited to 1.3 percent of the expenditures of registered political parties. This is significantly lower than other countries that have also imposed citizen spending limits. It is not an exaggeration to say that the limits imposed on citizens amount to a virtual ban on their participation in political debate during the election period. In actuality, the only space left in the marketplace of ideas is for political parties and their candidates. The right of each citizen to have her voice heard, so vaunted in *Figueroa, supra*, is effectively negated unless the citizen is able or willing to speak through a political party.

concitoyens des enjeux électoraux au cours d'une campagne. Les plafonds empêchent concrètement les communications au-delà de l'échelle locale et, même là, ils les limitent considérablement. Ils sont insuffisants pour permettre aux citoyens de s'exprimer au moyen d'envois postaux dans certaines circonscriptions ou de messages à la radio, à la télévision ou dans la presse nationale. Les dépenses permises aux citoyens ne représentent que 1,3 pour 100 de celles permises aux partis politiques enregistrés. Ce pourcentage est considérablement moins élevé que dans les autres pays qui ont eux aussi imposé des plafonds de dépenses aux citoyens. Il n'est pas exagéré de dire que ces restrictions reviennent virtuellement à interdire aux citoyens toute participation au débat politique pendant la période électorale. Dans les faits, seuls les partis politiques et leurs candidats peuvent intervenir sur le marché des idées. Le droit que possède tout citoyen de s'exprimer et dont on a tant fait l'éloge dans l'arrêt *Figueroa*, précité, est effectivement nié, sauf si le citoyen peut ou veut s'exprimer par l'entremise d'un parti politique.

36 On this point, this case is indistinguishable from *Libman, supra*, where the Court held that the spending limits imposed on citizens in the course of a referendum campaign did not satisfy the requirement of minimal impairment. The Court held that the legislature in a case such as this must try to strike a balance between the right to free expression and equality among the citizens in expressing their views. The limits imposed failed to meet the minimal impairment test in the case of individuals and groups who could neither join nor affiliate themselves with the national committees. The Court stated that the restrictions were so severe that they came close to being a total ban and that better, less intrusive alternatives existed. The situation is precisely the same here.

À cet égard, la présente affaire ne peut être distinguée de l'arrêt *Libman*, précité, où la Cour a conclu que les plafonds de dépenses auxquels sont assujettis les citoyens au cours d'une campagne référendaire ne satisfaisaient pas à la condition requérant que l'atteinte soit minimale. La Cour a estimé que, dans de tels cas, le législateur doit s'efforcer d'établir un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression et l'égalité des citoyens dans l'exercice de cette liberté. Les restrictions imposées ne satisfaisaient pas au critère de l'atteinte minimale pour ce qui était des personnes ou groupes qui ne pouvaient s'associer ou s'affilier aux comités nationaux. La Cour a dit que les limites étaient si restrictives qu'elles se rapprochaient d'une prohibition totale et qu'il existait de meilleures solutions, moins attentatoires. La situation est exactement la même en l'espèce.

37 In *Libman, supra*, at para. 63, the Court stated that “[i]t can be seen from the evidence that the legislature went to considerable lengths, in good faith, in order to adopt means that would be as

Dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 63, la Cour a dit que « [l]a preuve démontre que le législateur a déployé, de bonne foi, des efforts considérables afin de mettre sur pied des moyens qui soient les

non-intrusive as possible while at the same time respecting the objective it had set.” Here, too, Parliament’s good faith is advanced, said to be evidenced by the ongoing dialogue with the courts as to where the limits should be set. But as in *Libman*, good faith cannot remedy an impairment of the right to freedom of expression.

There is no demonstration that limits this draconian are required to meet the perceived dangers of inequality, an uninformed electorate and the public perception that the system is unfair. On the contrary, the measures may themselves exacerbate these dangers. Citizens who cannot effectively communicate with others on electoral issues may feel they are being treated unequally compared to citizens who speak through political parties. The absence of their messages may result in the public being less well informed than it would otherwise be. And a process that bans citizens from effective participation in the electoral debate during an election campaign may well be perceived as unfair. These fears may be hypothetical, but no more so than the fears conjured by the Attorney General in support of the infringement.

This is not to suggest that election spending limits are never permissible. On the contrary, this Court in *Libman* has recognized that they are an acceptable, even desirable, tool to ensure fairness and faith in the electoral process. Limits that permit citizens to conduct effective and persuasive communication with their fellow citizens might well meet the minimum impairment test. The problem here is that the draconian nature of the infringement — to effectively deprive all those who do not or cannot speak through political parties of their voice during an election period — overshoots the perceived danger. Even recognizing that “[t]he tailoring process seldom admits of perfection” (*RJR-MacDonald, supra*, at para. 160), and according Parliament a healthy measure of deference, we are left with the fact that nothing in the evidence suggests that a virtual ban on citizen communication through effective

moins attentatoires possibles tout en respectant l’objectif qu’il s’était fixé. » Ici aussi, on invoque la bonne foi du législateur, dont témoignerait le dialogue continu avec les tribunaux quant à la fixation des plafonds. Mais, tout comme dans l’arrêt *Libman*, la bonne foi ne peut remédier à une atteinte au droit à la liberté d’expression.

Rien ne démontre que des limites aussi draco-niennes soient nécessaires pour répondre aux risques qui, dit-on, existeraient : inégalité de participation, électorat mal informé et perception par le public que le système est inéquitable. Au contraire, ces mesures peuvent elles-mêmes exacerber ces risques. Les citoyens qui ne peuvent discuter efficacement avec autrui des enjeux électoraux peuvent estimer qu’ils sont traités injustement comparativement aux citoyens qui s’expriment par l’entremise des partis politiques. En l’absence des messages émanant des premiers, il est possible que le public soit moins bien informé qu’il ne le serait autrement. En outre, il est fort possible qu’un processus qui empêche des citoyens de participer activement au débat électoral pendant une campagne soit perçu comme injuste. Ces craintes sont peut-être hypothétiques, mais elles ne le sont pas davantage que celles évoquées par le procureur général pour justifier l’atteinte.

Cela ne veut pas dire que l’établissement de limites applicables aux dépenses électORALES ne saurait jamais être une mesure acceptable. Au contraire, dans *Libman*, notre Cour a reconnu que de telles limites constituent un outil acceptable, voire souhaitable, pour assurer l’équité du processus électoral et préserver la confiance dans celui-ci. Des restrictions permettant aux citoyens de communiquer de manière efficace et persuasive avec leurs concitoyens pourraient fort bien satisfaire au critère de l’atteinte minimale. En l’espèce le problème découle du fait que le caractère draconien de l’atteinte — qui a concrètement pour effet d’empêcher tous ceux qui ne s’expriment pas par l’entremise d’un parti politique, ou qui ne peuvent le faire, de s’exprimer au cours d’une période électorale — excède le risque qui, estime-t-on, existerait. Même en reconnaissant que « [l]e processus d’adaptation est rarement parfait »

advertising is required to avoid the hypothetical evils of inequality, a misinformed public and loss of public confidence in the system.

(*RJR-MacDonald*, précité, par. 160), et en faisant preuve d'une bonne dose de déférence envers le législateur, il n'en reste pas moins que rien dans la preuve ne tend à indiquer qu'il soit nécessaire de virtuellement interdire aux citoyens de communiquer au moyen de mesures publicitaires efficaces pour éviter les hypothétiques dangers que représentent en l'occurrence l'inégalité de participation, un public mal informé et la perte de confiance du public dans le système.

(3) Proportionality

40 The same logic that leads to the conclusion that the Attorney General has not established that the infringement minimally impairs the citizen's right of free speech applies equally to the final stage of the proportionality analysis, which asks us to weigh the benefits conferred by the infringement against the harm it may occasion.

(3) La proportionnalité

Le raisonnement à la base de la conclusion selon laquelle le procureur général n'a pas démontré que la restriction porte le moins possible atteinte au droit des citoyens à la liberté d'expression s'applique tout autant à la dernière étape de l'analyse relative à la proportionnalité, laquelle requiert que l'on soupèse les effets bénéfiques de l'atteinte et ses effets préjudiciables potentiels.

41 Given the unproven and speculative nature of the danger the limits are said to address, the possible benefits conferred by the law are illusory. The smaller the danger, the less the benefit conferred. Yet the infringement is serious. It denies the citizen the right of effective political communication except through a registered party. The denial is made all the more serious because political expression lies at the heart of the guarantee of free expression and underpins the very foundation of our democracy. The measures may actually cause more inequality, less civic engagement and greater disrepute than they avoid. In the absence of any evidence to the contrary, it cannot be said that the infringement does more good than harm.

Comme le risque hypothétique auquel le plafonnement est censé remédier n'a pas été établi, les possibles bénéfices des dispositions législatives contestées restent illusoires. Plus le risque est minime, moins le bénéfice de l'atteinte est grand. Nous sommes pourtant en présence d'une atteinte grave, qui nie aux citoyens le droit de communiquer efficacement sur le plan politique, sauf par l'entremise d'un parti enregistré. Ce déni est d'autant plus grave que l'expression politique touche au cœur de la garantie relative à la liberté d'expression et qu'elle est le fondement même de notre démocratie. Dans les faits, les dispositions contestées peuvent exacerber l'inégalité, le désengagement civique et la déconsidération qu'elles cherchent par ailleurs à éviter. En l'absence de toute preuve contraire, il est impossible d'affirmer que l'atteinte fait plus de bien que de mal.

42 Having had the advantage of reviewing the reasons of Bastarache J., we believe it is important to make three observations. First, whether or not citizens dispose of sufficient funds to meet or exceed the existing spending limits is irrelevant. What is important is that citizens have the capacity, should they so choose, to exercise their right to free political speech. The spending limits as they currently

Ayant pris connaissance des motifs du juge Bastarache, nous estimons important de formuler les trois observations suivantes. Premièrement, le fait que les citoyens disposent ou non de fonds leur permettant de profiter pleinement des limites prévues, voire de les excéder, n'est pas pertinent. Ce qui importe, c'est que les citoyens soient capables, s'ils décident de le faire, d'exercer leur droit

stand do not allow this. Instead, they have a chilling effect on political speech, forcing citizens into a Hobson's choice between not expressing themselves at all or having their voice reduced to a mere whisper. Faced with such options, citizens could not be faulted for choosing the former.

Second, it is important to recognize that the spending limits do not constrain the right of only a few citizens to speak. They constrain the political speech of all Canadians, be they of superior or modest means. Whether it is a citizen incurring expenditures of \$3001 for leafleting in her riding or a group of citizens pooling 1501 individual contributions of \$100 to run a national advertising campaign, the *Charter* protects the right to free political speech.

Finally, even if it were true that spending limits constrained the political speech rights of only a few citizens, it would be no answer to say, as suggests Bastarache J., at para. 112, that few citizens can afford to spend more than the limits anyway. This amounts to saying that even if the breach of s. 2(b) is not justified, it does not matter because it affects only a few people. *Charter* breaches cannot be justified on this basis. Moreover, one may question the premise that only a few people are affected by the spending limits. Indeed, if so few can afford to spend more than the existing limits, why, one may ask, are they needed?

II. The Anti-Circumvention Provisions

Section 351 is designed to prevent a citizen group from circumventing the spending limits imposed in s. 350 by either splitting into two or more groups, or by joining with another group to incur election

de s'exprimer librement sur le plan politique. Les plafonds de dépenses actuels ne leur permettent pas de le faire. Au contraire, ces plafonds ont un effet inhibiteur sur le discours politique et ils offrent aux citoyens un choix qui n'en est pas un, c'est-à-dire ne pas s'exprimer du tout ou s'exprimer de façon quasi inaudible. Devant une telle alternative, on ne saurait reprocher aux citoyens de choisir la première solution.

Deuxièmement, il est important de reconnaître que les plafonds de dépenses ne limitent pas le droit d'expression de quelques citoyens seulement. Ils limitent le droit au discours politique de l'ensemble des Canadiens et Canadiennes, que ceux-ci disposent de ressources modestes ou considérables. La *Charte* protège le droit à la liberté d'expression politique de chacun, autant le citoyen qui dépense 3 001 \$ pour distribuer des pamphlets dans sa circonscription que le groupe de citoyens mettant en commun 1501 contributions individuelles de 100 \$ pour mener une campagne publicitaire à l'échelle nationale.

Troisièmement, même si l'était vrai que les plafonds de dépenses ne limitent le droit à la liberté d'expression que de quelques citoyens seulement, suggérer, comme le fait le juge Bastarache au par. 112, que de toute façon peu de citoyens ont les moyens de dépenser plus que les plafonds prescrits ne répond pas à la question. Une telle affirmation revient à dire que, même si la violation de l'al. 2b) n'est pas justifiée, cela n'est pas important puisque cette violation ne touche que quelques personnes seulement. Les contraventions à la *Charte* ne sauraient être justifiées de cette manière. Qui plus est, il est permis de mettre en doute l'hypothèse selon laquelle seules quelques personnes sont touchées par les plafonds de dépenses. D'ailleurs, s'il n'y a que si peu de personnes en mesure de dépenser plus que les plafonds actuels, pourquoi, pourrait-on demander, les plafonds s'imposent-ils?

II. Les dispositions anticontournement

L'article 351 vise à empêcher un groupe de citoyens d'esquiver les plafonds prescrits par l'art. 350 en se divisant en plusieurs groupes ou en se joignant à un autre groupe afin d'éviter que les

43

44

45

advertising expenditures exceeding the imposed limits. It provides:

351. A third party shall not circumvent, or attempt to circumvent, a limit set out in section 350 in any manner, including by splitting itself into two or more third parties for the purpose of circumventing the limit or acting in collusion with another third party so that their combined election advertising expenses exceed the limit.

46 This provision is too closely bound up with s. 350 to survive on its own. Under the doctrine of severance, “when only a part of a statute or provision violates the Constitution, it is common sense that only the offending portion should be declared to be of no force or effect, and the rest should be spared”; see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 696. Moreover, “[t]o refuse to sever the offending part, and therefore declare inoperative parts of a legislative enactment which do not themselves violate the Constitution, is surely the more difficult course to justify”; see *Schachter*, at p. 696. But, as Lamer C.J. has explained, at p. 697 (citing *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518), the heart of the matter is

whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is *ultra vires* at all.

Parliament cannot be assumed to have enacted s. 351 independently of the citizen election spending limits in s. 350; see *Schachter*, at p. 711. The section is keyed to the spending limits and has no other purpose. For this reason, s. 351 is invalid.

III. The Polling Day Blackout

47 The Attorney General concedes that the blackout on polling day election advertising imposed by s. 323 infringes s. 2(b) of the *Charter*. The blackout is directed at political speech — the core purpose of the freedom of expression — and restricts political speech in both aim and effect, creating an unqualified ban preventing candidates, political

dépenses de publicité électorale dépassent les plafonds fixés. Cette disposition est ainsi rédigée :

351. Il est interdit à un tiers d'esquiver ou de tenter d'esquiver les plafonds prévus par l'article 350, notamment en se divisant en plusieurs tiers ou en agissant de concert avec un autre tiers de sorte que la valeur totale de leurs dépenses de publicité électorale dépasse les plafonds fixés à cet article.

Cette disposition est si intimement liée à l'art. 350 qu'elle ne peut exister de façon autonome. Suivant la doctrine de la dissociation, « lorsque seulement une partie d'une loi ou d'une disposition viole la Constitution, il est logique de déclarer inopérante seulement la partie fautive et de maintenir en vigueur le reste du texte »; voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 696. En outre, « [r]efuser de retrancher la partie fautive, et en conséquence déclarer inopérantes les dispositions d'une loi qui en soi ne violent pas la Constitution, est certainement le choix le plus difficile à justifier »; voir *Schachter*, p. 696. Toutefois, comme l'a expliqué le juge en chef Lamer à la p. 697 (citant l'arrêt *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), p. 518), la question fondamentale consiste à se demander :

[TRADUCTION] si le reste n'est pas si inextricablement lié à la partie déclarée invalide qu'il ne saurait subsister indépendamment, ou comme on l'a dit parfois, si, après un examen impartial de toute la question, on peut présumer que le législateur n'aurait jamais adopté ce qui subsiste sans adopter la partie qui est *ultra vires*.

On ne saurait présumer que le législateur a édicté l'art. 351 indépendamment du plafonnement des dépenses électorales imposé au citoyen par l'art. 350; voir *Schachter*, p. 711. Cette disposition se rattache au plafonnement des dépenses et n'a pas d'autre objet. Pour ce motif, l'art. 351 est invalide.

III. L'interdiction applicable le jour du scrutin

Le procureur général concède que l'interdiction prescrite par l'art. 323 à l'égard de la publicité électorale le jour du scrutin porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. Cette interdiction vise le discours politique — aspect fondamental de la liberté d'expression — et, tant par son objet que par ses effets, elle limite le discours politique, du fait qu'elle empêche

parties and citizens from issuing election day advertising through the close of polls. However, we agree with Bastarache J. that the infringement of s. 2(b) is justified as a reasonable measure in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

IV. The Attribution, Disclosure and Registration Requirements

These requirements, variously found in ss. 352 to 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, are not keyed to the citizen election spending limits in s. 350. Requiring citizens to register with the Chief Electoral Officer, self-identify on advertisements, and disclose their adherents and the nature of their expenditures serves the interests of transparency and an informed vote in the political process. We agree with Bastarache J. that the infringement that these provisions work on the freedom of expression is saved by s. 1.

V. Conclusion

We would allow the appeal in part and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes with respect to ss. 323(1) and (3), 350, 352 to 357, 359, 360 and 362. It is not necessary to answer this question with respect to s. 351.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No with respect to s. 350. Yes with respect to ss. 323(1) and (3), 352 to 357, 359, 360 and 362. It is

totalement les candidats, les partis politiques et les citoyens de diffuser de la publicité électorale le jour du scrutin, et ce, jusqu'à la fermeture des bureaux de scrutin. Cependant, nous souscrivons à la conclusion du juge Bastarache que la violation de l'al. 2b) constitue, au sens de l'article premier de la *Charte*, une mesure raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

IV. Les obligations d'attribution, de divulgation et d'enregistrement

Ces obligations, énoncées aux art. 352-357, 359-360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, ne visent pas spécifiquement le plafonnement des dépenses électorales des citoyens que prescrit l'art. 350. Obliger les citoyens à s'enregistrer auprès du directeur général des élections, à mentionner leur nom dans les publicités et à divulguer le nom de leurs membres et la nature de leurs dépenses contribue à la réalisation des objectifs de transparence du processus électoral et d'exercice éclairé du droit de vote. À l'instar du juge Bastarache, nous estimons que l'atteinte portée à la liberté d'expression par ces dispositions est justifiée au sens de l'article premier.

V. Conclusion

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui en ce qui concerne les par. 323(1) et (3) ainsi que les art. 350, 352-357, 359, 360 et 362. Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question pour ce qui est de l'art. 351.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non en ce qui concerne l'art. 350. Oui pour ce qui concerne les par. 323(1) et (3) ainsi que les art.

not necessary to answer this question with respect to s. 351.

3. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 351, 356, 357(3), 359 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No with respect to ss. 356, 357(3), 359 and 362. It is not necessary to answer this question with respect to s. 351.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

The judgment of Iacobucci, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

50

At issue in this appeal is whether the third party spending provisions of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, violate ss. 2(b), 2(d) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. To resolve this issue, the Court must reconcile the right to meaningfully participate in elections under s. 3 with the right to freedom of expression under

352-357, 359, 360 et 362. Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question pour ce qui est de l'art. 351.

3. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question.

5. Les articles 351, 356, 359 et 362 et le par. 357(3) de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non en ce qui concerne l'art. 356, le par. 357(3) et les art. 359 et 362. Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question pour ce qui est de l'art. 351.

6. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, il s'agit de décider si les dispositions de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, qui régissent les dépenses des tiers contreviennent aux al. 2b) et 2d) et à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour trancher cette question, notre Cour doit concilier le droit que reconnaît à chacun l'art. 3 de participer utilement

s. 2(b). This appeal also requires the Court to revisit the principles and guidelines set out in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, in the regulation of elections. Finally, this appeal calls for a consideration of the principles developed in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, about the nature and sufficiency of evidence required when Parliament adopts a regulatory regime to govern the electoral process.

II. Judicial History

A. Alberta Court of Queen's Bench (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281

The trial judge, Cairns J., divided the impugned provisions of the Act's third party electoral advertising regime into four broad categories: spending limits; the attribution, registration and disclosure requirements; the election day advertising black-out; and the off-shore contributions ban. He concluded that the spending limits found in ss. 350 and 351 infringed ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter* and could not be saved under s. 1. Not only did Cairns J. find s. 350 void for vagueness (para. 216), he also found that the Attorney General of Canada had not adduced sufficient evidence to establish that the objective of the limits — electoral fairness — was pressing and substantial. According to Cairns J., there was no actual evidence on the record before him of third party spending leading to a disproportionate influence upon the electorate. Nor was there any evidence that third party spending had dominated the electoral discourse (para. 261). In his view, the Court's decision in *Libman, supra*, did not determine any of the issues before him (para. 193). In particular, Cairns J. placed little weight on the findings of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing ("Lortie Commission"), which concluded that third party spending limits were necessary to promote and preserve electoral fairness (*Reforming Electoral Democracy* (1991), vol. 1 ("Lortie Report")). He took the position that the Commission's recommendations regarding third party spending were of little value as they relied primarily on a preliminary study by Richard

aux élections et le droit à la liberté d'expression que garantit l'al. 2b). Par la même occasion, notre Cour doit revoir les lignes directrices et principes relatifs aux élections dégagés dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569. Enfin, le présent pourvoi requiert l'examen des principes élaborés dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, quant à la nature et au caractère suffisant de la preuve requise pour l'adoption d'un régime de réglementation applicable au processus électoral.

II. Historique des procédures judiciaires

A. Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281

En première instance, le juge Cairns a réparti entre quatre grandes catégories les dispositions législatives contestées du régime applicable à la publicité électorale des tiers : les plafonds de dépenses; les obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation; l'interdiction de publicité le jour du scrutin; l'interdiction d'accepter des fonds de l'étranger. Le juge Cairns a conclu que les plafonds de dépenses prévus aux art. 350 et 351 contrevenaient aux al. 2b) et 2d) de la *Charte* et que leur validité ne pouvait être sauvegardée par application de l'article premier. Non seulement le juge Cairns a-t-il déclaré l'art. 350 nul pour cause d'imprécision (par. 216), il a également estimé que la preuve présentée par le procureur général du Canada n'était pas suffisante pour établir le caractère urgent et réel de l'objectif poursuivi : l'équité électorale. Selon le juge Cairns, rien dans le dossier dont il disposait ne révélait que les dépenses des tiers avaient une influence disproportionnée sur l'électeurat, ni qu'elles avaient exercé un effet dominant sur le débat électoral (par. 261). À son avis, la décision de notre Cour dans *Libman*, précité, ne réglait aucune des questions dont il était saisi (par. 193). En particulier, le juge Cairns a accordé peu de poids aux conclusions de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la « Commission Lortie ») portant que le plafonnement des dépenses des tiers était nécessaire pour favoriser et maintenir l'équité électorale (*Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991), vol. 1 (le « Rapport Lortie »)). Il a

Johnston (“The Volume and Impact of Third Party Advertising in the 1988 Election” (1990) (“Johnston Report”)), concluding that third party advertising had an impact on the outcome of the 1988 federal election. Johnston later changed his position based on the final statistical analysis of his study (R. Johnston et al., *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election* (1992)).

estimé que les recommandations de la Commission concernant les dépenses des tiers étaient peu pertinentes, puisqu’elles reposaient principalement sur une étude préliminaire (« *The Volume and Impact of Third-Party Advertising in the 1988 Election* » (1990)) menée par Richard Johnston (le « *Rapport Johnston* »), dans laquelle ce dernier avait conclu que la publicité faite par les tiers avait eu une incidence sur le résultat de l’élection fédérale en 1988. Par suite de l’analyse statistique finale de son étude, M. Johnston est revenu sur sa position (R. Johnston et autres, *Letting the People Decide : Dynamics of a Canadian Election* (1992)).

B. Alberta Court of Appeal (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4

52 The Court of Appeal dismissed the appeal. Paperny J.A., writing for the majority, also allowed the cross-appeal and struck down ss. 323, 350 to 357, 359, 360 and 362 of the Act on the basis that the provisions “must all stand or fall together as part of the same design” (para. 193). Berger J.A. dissented. While the spending limits infringed s. 2(b), they were reasonable and demonstrably justified under s. 1. In his opinion, the enactments were an appropriate legislative response to the judicial guidance provided by this Court in *Libman, supra*.

B. Cour d’appel de l’Alberta (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4

La Cour d’appel a rejeté l’appel. Se prononçant pour la majorité, la juge Paperny a également accueilli l’appel incident et invalidé les art. 323, 350-357, 359-360 et 362 de la Loi, au motif qu’ils [TRADUCTION] « doivent connaître le même sort, puisqu’ils forment un tout » (par. 193). Le juge Berger a exprimé sa dissidence, concluant que, bien que contraires à l’al. 2b), les plafonds de dépenses étaient raisonnables et justifiés au regard de l’article premier. À son avis, il s’agissait d’une solution législative appropriée eu égard aux indications fournies par notre Cour dans l’arrêt *Libman*, précité.

III. Relevant Statutory Provisions

53 Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9

323. (1) No person shall knowingly transmit election advertising to the public in an electoral district on polling day before the close of all of the polling stations in the electoral district.

(2) The transmission to the public of a notice of an event that the leader of a registered party intends to attend or an invitation to meet or hear the leader of a registered party is not election advertising for the purpose of subsection (1).

(3) For the purpose of subsection (1), a person includes a registered party and a group within the meaning of Part 17.

350. (1) A third party shall not incur election advertising expenses of a total amount of more than \$150,000

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi électorale du Canada, S.C. 2000, ch. 9

323. (1) Il est interdit à toute personne de sciemment diffuser de la publicité électorale dans une circonscription le jour du scrutin, avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin de celle-ci.

(2) Pour l’application du paragraphe (1), la diffusion d’un avis d’événement auquel le chef d’un parti enregistré a l’intention de participer ou une invitation à rencontrer ou à entendre le chef d’un parti enregistré ne constituent pas de la publicité électorale.

(3) Pour l’application du paragraphe (1), sont assimilés à des personnes les partis enregistrés et les groupes au sens de la partie 17.

350. (1) Il est interdit aux tiers, pendant la période électorale relative à une élection générale, de faire des

during an election period in relation to a general election.

(2) Not more than \$3,000 of the total amount referred to in subsection (1) shall be incurred to promote or oppose the election of one or more candidates in a given electoral district, including by

- (a) naming them;
- (b) showing their likenesses;
- (c) identifying them by their respective political affiliations; or
- (d) taking a position on an issue with which they are particularly associated.

(3) The limit set out in subsection (2) only applies to an amount incurred with respect to a leader of a registered party or eligible party to the extent that it is incurred to promote or oppose his or her election in a given electoral district.

(4) A third party shall not incur election advertising expenses of a total amount of more than \$3,000 in a given electoral district during the election period of a by-election.

(5) The amounts referred to in subsections (1), (2) and (4) shall be multiplied by the inflation adjustment factor referred to in section 414 that is in effect on the issue of the writ or writs.

351. A third party shall not circumvent, or attempt to circumvent, a limit set out in section 350 in any manner, including by splitting itself into two or more third parties for the purpose of circumventing the limit or acting in collusion with another third party so that their combined election advertising expenses exceed the limit.

352. A third party shall identify itself in any election advertising placed by it and indicate that it has authorized the advertising.

353. (1) A third party shall register immediately after having incurred election advertising expenses of a total amount of \$500 and may not register before the issue of the writ.

(2) An application for registration shall be sent to the Chief Electoral Officer in the prescribed form and shall include

- (a) the name, address and telephone number of
 - (i) if the third party is an individual, the individual,

dépenses de publicité électorale dépassant, au total, 150 000 \$.

(2) Du total visé au paragraphe (1), il est interdit aux tiers de dépenser, au total, plus de 3 000 \$ pour favoriser l'élection d'un ou de plusieurs candidats ou s'opposer à l'élection d'un ou de plusieurs candidats, dans une circonscription donnée, notamment :

- a) en les nommant;
- b) en montrant leur photographie;
- c) en les identifiant par la mention de leur appartenance politique;
- d) en prenant une position sur une question à laquelle ils sont particulièrement associés.

(3) Le plafond prévu au paragraphe (2) ne s'applique aux dépenses engagées à l'égard du chef d'un parti enregistré ou d'un parti admissible que dans la mesure où elles servent à favoriser son élection dans une circonscription, ou à s'y opposer.

(4) Il est interdit aux tiers, pendant la période électorale relative à une élection partielle, de faire des dépenses de publicité électorale dépassant 3 000 \$, au total, dans une circonscription donnée.

(5) Les montants visés aux paragraphes (1), (2) et (4) sont multipliés à la date de délivrance du ou des brefs par le facteur d'ajustement à l'inflation visé à l'article 414.

351. Il est interdit à un tiers d'esquiver ou de tenter d'esquiver les plafonds prévus par l'article 350, notamment en se divisant en plusieurs tiers ou en agissant de concert avec un autre tiers de sorte que la valeur totale de leurs dépenses de publicité électorale dépasse les plafonds fixés à cet article.

352. Les tiers doivent mentionner leur nom dans toute publicité électorale et signaler le fait que celle-ci a été autorisée par eux.

353. (1) Le tiers doit s'enregistrer dès qu'il a engagé des dépenses de publicité électorale de 500 \$ au total mais non avant la délivrance du bref.

(2) La demande d'enregistrement est présentée au directeur général des élections selon le formulaire prescrit et comporte :

- a) les nom, adresse et numéro de téléphone :
- (i) si elle est présentée par un particulier, de celui-ci,

- (ii) if the third party is a corporation, the corporation and the officer who has signing authority for it, and
- (iii) if the third party is a group, the group and a person who is responsible for the group;
- (b) the signature of the individual, officer or person referred to in subparagraph (a)(i), (ii) or (iii), respectively, as the case may be;
- (c) the address and telephone number of the office of the third party where its books and records are kept and of the office to which communications may be addressed; and
- (d) the name, address and telephone number of the third party's financial agent.
- (3) An application under subsection (2) must be accompanied by a declaration signed by the financial agent accepting the appointment.
- (4) If a third party's financial agent is replaced, it shall, without delay, provide the Chief Electoral Officer with the new financial agent's name, address and telephone number and a declaration signed by the new financial agent accepting the appointment.
- (5) If the third party is a trade union, corporation or other entity with a governing body, the application must include a copy of the resolution passed by its governing body authorizing it to incur election advertising expenses.
- (6) The Chief Electoral Officer shall, without delay after receiving an application, determine whether the requirements set out in subsections (1) to (3) and (5) are met and shall then notify the person who signed the application whether the third party is registered. In the case of a refusal to register, the Chief Electoral Officer shall give reasons for the refusal.
- (7) A third party may not be registered under a name that, in the opinion of the Chief Electoral Officer, is likely to be confused with the name of a candidate, registered party, registered third party or eligible party.
- (8) The registration of a third party is valid only for the election period during which the application is made, but the third party continues to be subject to the requirement to file an election advertising report under subsection 359(1).
- 354.** (1) A third party that is required to register under subsection 353(1) shall appoint a financial agent who may be a person who is authorized to sign an application for registration made under that subsection.
- (ii) si elle est présentée par une personne morale, de celle-ci et d'un dirigeant autorisé à signer en son nom,
- (iii) si elle est présentée par un groupe, de celui-ci et d'un responsable du groupe;
- b) la signature du particulier, du dirigeant autorisé à signer au nom de la personne morale ou du responsable du groupe, selon le cas;
- c) l'adresse et le numéro de téléphone du bureau du tiers où sont conservés ses livres et ses dossiers ainsi que ceux du bureau où les communications peuvent être transmises;
- d) les nom, adresse et numéro de téléphone de l'agent financier du tiers.
- (3) La demande doit être accompagnée d'une déclaration signée par l'agent financier pour accepter sa nomination.
- (4) En cas de remplacement de l'agent financier, le tiers doit en informer sans délai le directeur général des élections et lui fournir les nom, adresse et numéro de téléphone du nouvel agent financier et une déclaration signée par celui-ci pour accepter sa nomination.
- (5) Les personnes morales, les syndicats ou autres entités ayant un organe de direction doivent en outre présenter avec leur demande une copie de la résolution adoptée par cet organe de direction pour autoriser l'engagement des dépenses de publicité électorale.
- (6) Dès réception de la demande, le directeur général des élections décide si celle-ci remplit les exigences prévues aux paragraphes (1) à (3) et (5) et informe le signataire du fait que le tiers est ou non enregistré. En cas de refus, il en donne les motifs.
- (7) Le tiers ne peut être enregistré sous un nom qui, de l'avis du directeur général des élections, est susceptible de créer de la confusion avec celui d'un parti enregistré, d'un parti admissible, d'un candidat ou d'un tiers enregistré.
- (8) L'enregistrement du tiers n'est valide que pour l'élection en cours, mais le tiers reste assujetti à l'obligation de produire le rapport prévu au paragraphe 359(1).
- 354.** (1) Le tiers tenu de s'enregistrer aux termes du paragraphe 353(1) doit nommer un agent financier; celui-ci peut être la personne autorisée à signer la demande d'enregistrement.

(2) The following persons are not eligible to be a financial agent of a third party:

- (a) a candidate or an official agent of a candidate;
- (b) a person who is the chief agent, or a registered agent, of a registered party;
- (c) an election officer or an employee of a returning officer; and
- (d) a person who is not a Canadian citizen or a permanent resident as defined in subsection 2(1) of the *Immigration Act*.

355. (1) A third party that incurs election advertising expenses in an aggregate amount of \$5,000 or more must appoint an auditor without delay.

(2) The following are eligible to be an auditor for a third party:

- (a) a person who is a member in good standing of a corporation, an association or an institute of professional accountants; or
- (b) a partnership every partner of which is a member in good standing of a corporation, an association or an institute of professional accountants.

(3) The following persons are not eligible to be an auditor for a third party:

- (a) the third party's financial agent;
- (b) a person who signed the application made under subsection 353(2);
- (c) an election officer;
- (d) a candidate;
- (e) the official agent of a candidate;
- (f) the chief agent of a registered party or an eligible party; and
- (g) a registered agent of a registered party.

(4) Every third party, without delay after an auditor is appointed, must provide the Chief Electoral Officer with the auditor's name, address, telephone number and occupation and a signed declaration accepting the appointment.

(5) If a third party's auditor is replaced, it must, without delay, provide the Chief Electoral Officer with the new auditor's name, address, telephone number and occupation and a signed declaration accepting the appointment.

(2) Ne sont pas admissibles à la charge d'agent financier d'un tiers :

- (a) le candidat ou l'agent officiel d'un candidat;
- (b) l'agent principal ou un agent enregistré d'un parti enregistré;
- (c) les fonctionnaires électoraux et le personnel du directeur du scrutin;
- (d) les personnes qui ne sont ni citoyens canadiens ni résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*.

355. (1) Le tiers qui fait des dépenses de publicité électorale de 5 000 \$ ou plus, au total, doit sans délai nommer un vérificateur.

(2) Seuls peuvent exercer la charge de vérificateur d'un tiers :

- (a) les membres en règle d'un ordre professionnel, d'une association ou d'un institut de comptables professionnels;
- (b) les sociétés formées de tels membres.

(3) Ne sont pas admissibles à la charge de vérificateur d'un tiers :

- (a) l'agent financier du tiers;
- (b) la personne qui a signé la demande d'enregistrement prévue au paragraphe 353(2);
- (c) les fonctionnaires électoraux;
- (d) les candidats;
- (e) l'agent officiel d'un candidat;
- (f) l'agent principal d'un parti enregistré ou d'un parti admissible;
- (g) un agent enregistré d'un parti enregistré.

(4) Sans délai après la nomination, le tiers communique au directeur général des élections les nom, adresse, numéro de téléphone et profession du vérificateur, ainsi qu'une déclaration signée par celui-ci pour accepter sa nomination.

(5) En cas de remplacement du vérificateur, le tiers doit en informer sans délai le directeur général des élections et lui communiquer les nom, adresse, numéro de téléphone et profession du nouveau vérificateur, ainsi qu'une déclaration signée par celui-ci pour accepter sa nomination.

356. The Chief Electoral Officer shall maintain, for the period that he or she considers appropriate, a registry of third parties in which is recorded, in relation to each third party, the information referred to in subsections 353(2) and 355(4) and (5).

357. (1) Every contribution made during an election period to a registered third party for election advertising purposes must be accepted by, and every election advertising expense incurred on behalf of a third party must be authorized by, its financial agent.

(2) A financial agent may authorize a person to accept contributions or incur election advertising expenses, but that authorization does not limit the responsibility of the financial agent.

(3) No third party shall use a contribution for election advertising if the third party does not know the name and address of the contributor or is otherwise unable to determine within which class of contributor referred to in subsection 359(6) they fall.

359. (1) Every third party shall file an election advertising report in the prescribed form with the Chief Electoral Officer within four months after polling day.

(2) An election advertising report shall contain

(a) in the case of a general election,

(i) a list of election advertising expenses referred to in subsection 350(2) and the time and place of the broadcast or publication of the advertisements to which the expenses relate, and

(ii) a list of all election advertising expenses other than those referred to in paragraph (a) and the time and place of broadcast or publication of the advertisements to which the expenses relate; and

(b) in the case of a by-election, a list of election advertising expenses referred to in subsection 350(3) and the time and place of the broadcast or publication of the advertisements to which the expenses relate.

(3) If a third party has not incurred expenses referred to in paragraph (2)(a) or (b), that fact shall be indicated in its election advertising report.

(4) The election advertising report shall include

(a) the amount, by class of contributor, of contributions for election advertising purposes that were received in the period beginning six months before the issue of the writ and ending on polling day;

356. Le directeur général des élections tient, pour la période qu'il estime indiquée, un registre des tiers où sont consignés, pour chaque tiers, les renseignements visés aux paragraphes 353(2) et 355(4) et (5).

357. (1) Les contributions faites au tiers enregistré à des fins de publicité électorale au cours de la période électorale doivent être acceptées par son agent financier et les dépenses de publicité électorale engagées pour son compte doivent être autorisées par celui-ci.

(2) L'agent financier peut déléguer l'acceptation des contributions et l'autorisation des dépenses; la délégation n'a toutefois pas pour effet de limiter sa responsabilité.

(3) Il est interdit au tiers d'utiliser à des fins de publicité électorale des contributions destinées à la publicité électorale provenant de donateurs dont il ne connaît ni le nom ni l'adresse ou pour lesquels il ne peut déterminer la catégorie dans le cadre du paragraphe 359(6).

359. (1) Le tiers est tenu de présenter au directeur général des élections, selon le formulaire prescrit, le rapport de ses dépenses de publicité électorale dans les quatre mois qui suivent le jour du scrutin.

(2) Le rapport doit donner :

a) dans le cas d'une élection générale :

(i) la liste des dépenses de publicité électorale visées au paragraphe 350(2), ainsi que les date et lieu de publication des annonces auxquelles elles se rapportent,

(ii) la liste des autres dépenses de publicité électorale, ainsi que les date et lieu de publication des annonces auxquelles elles se rapportent;

b) dans le cas d'une élection partielle, la liste des dépenses de publicité électorale visées au paragraphe 350(3), ainsi que les date et lieu de publication des annonces auxquelles elles se rapportent.

(3) Dans les cas où aucune dépense de publicité électorale n'a été faite, le rapport doit signaler ce fait.

(4) Le rapport doit aussi mentionner :

a) le montant, par catégorie de donateurs, des contributions destinées à la publicité électorale reçues dans les six mois précédant la délivrance du bref et pendant la période électorale;

(b) for each contributor who made contributions of a total amount of more than \$200 for election advertising purposes during the period referred to in paragraph (a), subject to paragraph (b.1), their name, address and class, and the amount and date of each contribution;

(b.1) in the case of a numbered company that is a contributor referred to in paragraph (b), the name of the chief executive officer or president of that company; and

(c) the amount, other than an amount of a contribution referred to in paragraph (a), that was paid out of the third party's own funds for election advertising expenses.

(5) For the purpose of subsection (4), a contribution includes a loan.

(6) For the purposes of paragraphs (4)(a) and (b), the following are the classes of contributor:

- (a) individuals;
- (b) businesses;
- (c) commercial organizations;
- (d) governments;
- (e) trade unions;
- (f) corporations without share capital other than trade unions; and
- (g) unincorporated organizations or associations other than trade unions.

(7) If the third party is unable to identify which contributions were received for election advertising purposes in the period referred to in paragraph (4)(a), it must list, subject to paragraph (4)(b.1), the names and addresses of every contributor who donated a total of more than \$200 to it during that period.

(8) An election advertising report shall include the signed declarations of the financial agent and, if different, of the person who signed the application made under subsection 353(2) that the report is accurate.

(9) A third party shall, at the request of the Chief Electoral Officer, provide the original of any bill, voucher or receipt in relation to an election advertising expense that is in an amount of more than \$50.

360. (1) The election advertising report of a third party that incurs \$5,000 or more in election advertising expenses must include a report made under subsection (2).

b) pour les donateurs dont la contribution destinée à la publicité électorale au cours des six mois précédent la délivrance du bref et pendant la période électorale dépasse, au total, 200 \$, sous réserve de l'alinéa b.1), leurs nom, adresse et catégorie ainsi que le montant de la contribution et la date à laquelle elle a été faite;

b.1) dans le cas où le donateur visé à l'alinéa b) est une société à dénomination numérique, le nom du premier dirigeant ou du président de la société;

c) le montant des dépenses de publicité électorale que le tiers a faites sur ses propres fonds, compte non tenu des contributions visées à l'alinéa a).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), un prêt est assimilé à une contribution.

(6) Pour l'application des alinéas (4)a) et b), les catégories de donateurs sont les suivantes :

- a) particuliers;
- b) entreprises;
- c) organisations commerciales;
- d) gouvernements;
- e) syndicats;
- f) personnes morales n'ayant pas de capital-actions autres que les syndicats;
- g) organismes ou associations non constituées en personne morale.

(7) Si le tiers n'est pas en mesure de déterminer si les contributions qu'il a reçues étaient destinées à la publicité électorale, il doit donner les nom et adresse de tous les donateurs, sous réserve de l'alinéa (4)b.1), ayant versé plus de 200 \$ dans les six mois précédant la délivrance des brefs et pendant la période électorale.

(8) Le rapport doit contenir une attestation de son exactitude signée par l'agent financier ainsi que, s'il ne s'agit pas de la même personne, par la personne qui a signé la demande d'enregistrement.

(9) Sur demande du directeur général des élections, le tiers doit produire les originaux des factures, reçus et justificatifs pour tout montant de dépenses de publicité électorale supérieur à 50 \$.

360. (1) Dans le cas où les dépenses de publicité électorale sont de 5 000 \$ ou plus, le rapport doit en outre être accompagné du rapport du vérificateur.

(2) The third party's auditor shall report on the election advertising report and shall make any examination that will enable the auditor to give an opinion in the report as to whether the election advertising report presents fairly the information contained in the accounting records on which it is based.

(3) An auditor shall include in the report any statement that the auditor considers necessary, when

- (a) the election advertising report that is the subject of the auditor's report does not present fairly the information contained in the accounting records on which it is based;
- (b) the auditor has not received from the third party all of the required information and explanation; or
- (c) based on the auditor's examination, it appears that proper accounting records have not been kept by the third party.

(4) The auditor shall have access at any reasonable time to all of the documents of the third party, and may require the third party to provide any information or explanation, that, in the auditor's opinion, is necessary to enable the auditor to prepare the report.

362. The Chief Electoral Officer shall, in the manner he or she considers appropriate,

- (a) publish the names and addresses of registered third parties, as they are registered; and
- (b) publish, within one year after the issue of the writ, reports made under subsection 359(1).

IV. Issues

54

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections*

(2) Le vérificateur du tiers fait rapport de sa vérification du rapport sur les dépenses de publicité électorale. Il fait les vérifications qui lui permettent d'établir si, à son avis, ce rapport présente fidèlement les renseignements contenus dans les écritures comptables sur lesquelles il est fondé.

(3) Il joint à son rapport les déclarations qu'il estime nécessaires lorsque, selon le cas :

- a) le rapport vérifié ne présente pas fidèlement les renseignements contenus dans les écritures comptables sur lesquelles il est fondé;
- b) il n'a pas reçu du tiers tous les renseignements et explications qu'il a exigés;
- c) sa vérification révèle que le tiers n'a pas tenu les écritures comptables appropriées.

(4) Il doit avoir accès, à tout moment convenable, aux documents du tiers qui, à son avis, peuvent être nécessaires pour l'établissement de son rapport et il a le droit d'exiger du tiers les renseignements et explications qui peuvent être nécessaires pour l'établissement de son rapport.

362. Le directeur général des élections publie, selon les modalités qu'il estime indiquées :

- a) au fur et à mesure de leur enregistrement, les nom et adresse des tiers enregistrés;
- b) dans l'année qui suit la délivrance des brefs, les rapports produits au titre du paragraphe 359(1).

IV. Questions en litige

La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la

Act, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 3 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. Do ss. 351, 356, 357(3), 359 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Third Party Electoral Advertising Regime*

Numerous groups and organizations participate in the electoral process as third parties. They do so to achieve three purposes. First, third parties may seek to influence the outcome of an election by commenting on the merits and faults of a particular candidate or political party. In this respect, the influence of third parties is most pronounced in electoral districts with “marginal seats”, in other words, in electoral districts where the incumbent does not have a significant advantage. Second, third parties may add a fresh perspective or new dimension to the discourse surrounding one or more issues associated with a candidate or political party. While third parties are true electoral participants, their role and the extent of their participation, like candidates and political parties, cannot be unlimited. Third, they may add an issue to the political debate and in some cases force candidates and political parties to address it.

Third party spending limits in Canada have a long and litigious history. Limits on third party spending,

Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'art. 3 de la Charte canadienne des droits et libertés?

4. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
5. Les articles 351, 356, 359 et 362 et le par. 357(3) de la *Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9*, portent-ils atteinte à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
6. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Régime applicable à la publicité électorale des tiers*

De nombreux groupes et organisations participent au processus électoral en tant que tiers. Ils agissent à ce titre pour trois raisons. Premièrement, les tiers peuvent tenter d'influencer le résultat du scrutin en commentant les qualités et les défauts d'un candidat ou d'un parti politique. À cet égard, l'influence des tiers est plus grande dans les circonscriptions électorales [TRADUCTION] « où le siège est chaudement contesté », c'est-à-dire celles où le député sortant ne bénéficie pas d'une avance appréciable. Deuxièmement, les tiers peuvent apporter un autre point de vue ou une nouvelle dimension dans le débat sur une ou plusieurs idées associées à un candidat ou à un parti politique. Bien que les tiers soient de véritables participants au processus électoral, leur rôle et l'étendue de leur participation ne sauraient — tout comme dans le cas des candidats et des partis politiques — avoir un caractère illimité. Troisièmement, les tiers peuvent introduire une question dans le débat politique et, dans certains cas, forcer les candidats et les partis politiques à y répondre.

Au Canada, les plafonds de dépenses applicables aux tiers ont une histoire longue et houleuse.

together with limits on candidate and political party spending, were introduced in 1974 in the *Canada Elections Act*, pursuant to the recommendations of the Barbeau Committee (*Report of the Committee on Election Expenses* (1966)). Parliament prohibited all independent election spending that directly promoted or opposed a particular candidate or political party (Lortie Report, *supra*, at pp. 327-28). The constitutionality of this prohibition was successfully challenged in *National Citizens' Coalition Inc. v. Attorney General of Canada* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249 (Q.B.). Although the decision was binding only in Alberta, Elections Canada decided not to enforce the prohibition elsewhere in the country (Lortie Report, p. 332). Following the 1988 federal election, Parliament commissioned another Royal Commission, the Lortie Commission, and ultimately re-enacted third party spending limits; see ss. 259.1(1) and 259.2(2) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2. The Alberta Court of Appeal declared these federal limits unconstitutional in *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241.

C'est en 1974, dans des modifications apportées à la *Loi électorale du Canada*, qu'ont été imposées pour la première fois des limites aux dépenses des tiers et à celles des candidats et des partis politiques, conformément aux recommandations du Comité Barbeau (*Rapport du Comité des dépenses électorales* (1966)). Le Parlement a interdit toute dépense électorale indépendante favorisant ou contrecarrant directement un candidat ou un parti (*Rapport Lortie, op. cit.*, p. 339-340). La constitutionnalité de cette interdiction a été attaquée avec succès dans *National Citizens' Coalition Inc. c. Attorney General of Canada* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249 (B.R.). Bien que cette décision ne fût contraignante qu'en Alberta, Élections Canada a décidé de ne pas faire respecter l'interdiction ailleurs au pays (*Rapport Lortie*, p. 344). À la suite de l'élection fédérale de 1988, le Parlement a créé une autre commission royale, la Commission Lortie, et il a en définitive ré-édicte les dispositions relatives au plafonnement des dépenses des tiers : par. 259.1(1) et 259.2(2) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2. La Cour d'appel de l'Alberta a déclaré ces limites fédérales inconstitutionnelles dans *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241.

57

Parliament enacted new third party spending limits as part of a larger third party electoral advertising regime in the 2000 *Canada Elections Act*. Part 17 of the Act, ss. 349 to 362, creates a scheme that limits the advertising expenses of individuals and groups who are not candidates or political parties. The scheme also requires such expenses to be reported to the Chief Electoral Officer. The regime can be broadly divided into four parts. First, s. 350 limits election advertising expenses to \$3,000 in a given electoral district and \$150,000 nationally. “[E]lection advertising” is defined in s. 319 of the Act as follows:

“election advertising” means the transmission to the public by any means during an election period of an advertising message that promotes or opposes a registered party or the election of a candidate, including one that takes a position on an issue with

Dans le cadre d'un régime plus large applicable à la publicité électorale faite par les tiers, le Parlement a introduit de nouvelles restrictions dans la *Loi électorale du Canada* de 2000. Les articles 349 à 362 de la partie 17 de la Loi créent un régime limitant les dépenses de publicité engagées par les individus ou groupes qui ne sont ni des candidats ni des partis. Suivant ce régime, ces dépenses doivent en outre être déclarées dans un rapport présenté au directeur général des élections. Le régime peut être divisé en quatre grandes parties. Premièrement, l'art. 350 limite à 3 000 \$ et 150 000 \$ les dépenses de publicité électorale susceptibles d'être engagées, respectivement, dans une circonscription donnée et à l'échelle nationale. L'article 319 de la Loi définit ainsi « publicité électorale » :

« publicité électorale » Diffusion, sur un support quelconque au cours de la période électorale, d'un message publicitaire favorisant ou contrecarrant un parti enregistré ou l'élection d'un candidat, notamment par une prise de position sur une question à laquelle

which a registered party or candidate is associated. For greater certainty, it does not include

- (a) the transmission to the public of an editorial, a debate, a speech, an interview, a column, a letter, a commentary or news;
- (b) the distribution of a book, or the promotion of the sale of a book, for no less than its commercial value, if the book was planned to be made available to the public regardless of whether there was to be an election;
- (c) the transmission of a document directly by a person or a group to their members, employees or shareholders, as the case may be; or
- (d) the transmission by an individual, on a non-commercial basis on what is commonly known as the Internet, of his or her personal political views.

Thus, the limits do not apply to third party advertising prior to the election period or to advertising which promotes an issue that is not associated with a candidate or political party. The second part of the regime is closely related to s. 350 as it prohibits individuals or groups from splitting or colluding for the purposes of circumventing the election advertising limits. Third, the attribution, registration and disclosure provisions (ss. 352 to 357, 359, 360 and 362) require a third party to identify itself in all of its election advertising and, under certain circumstances, to appoint financial agents and auditors who are required to record expenses, to register with, and to report to the Chief Electoral Officer who, in turn, makes this information available to the public. Finally, although s. 323 is not strictly part of the third party electoral advertising regime, third parties are also subject to the advertising blackout on polling day.

Therefore, while the regime is internally coherent, it is evident that its constituent parts stand on their own. Indeed, in the absence of advertising expense limits, the attribution, registration and disclosure provisions become increasingly important by shedding light on who is involved in election advertising.

est associé un parti enregistré ou un candidat. Il est entendu que ne sont pas considérés comme de la publicité électorale :

- a) la diffusion d'éditoriaux, de débats, de discours, de nouvelles, d'entrevues, de chroniques, de commentaires ou de lettres;
- b) la promotion ou la distribution, pour une valeur non inférieure à sa valeur commerciale, d'un ouvrage dont la mise en vente avait été planifiée sans égard à la tenue de l'élection;
- c) l'envoi d'un document par une personne ou un groupe directement à ses membres, ses actionnaires ou ses employés;
- d) la diffusion par un individu, sur une base non commerciale, de ses opinions politiques sur le réseau communément appelé Internet.

Les plafonds ne s'appliquent donc pas à la publicité faite par les tiers avant la période électorale, ni à celle mettant en avant une question qui n'est pas associée à un candidat ou à un parti politique. La deuxième partie du régime est étroitement liée à l'art. 350 en ce qu'elle interdit aux individus ou aux groupes de se diviser ou d'agir de concert pour esquiver les plafonds applicables à la publicité électorale. Troisièmement, les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation (art. 352-357, 359-360 et 362) obligent les tiers à mentionner leur nom dans toute publicité électorale émanant d'eux et, dans certaines circonstances, à nommer un agent financier et un vérificateur, lesquels doivent tenir un registre des dépenses, s'enregistrer et faire rapport auprès du directeur général des élections qui, à son tour, met ces renseignements à la disposition du public. Enfin, bien que l'art. 323 ne fasse pas strictement partie du régime applicable à la publicité électorale faite par les tiers, ces derniers sont également visés par l'interdiction frappant la publicité le jour du scrutin.

En conséquence, malgré la cohérence interne du régime, il est évident que ses diverses composantes existent de façon autonome. De fait, en l'absence de limitation des dépenses publicitaires, les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation prennent une importance plus grande

Accordingly, the constitutionality of each set of provisions must be considered separately. The Court of Appeal erred in considering them globally.

59 This case represents the first opportunity for this Court to determine the constitutionality of the third party election advertising regime established by Parliament. This Court has however previously considered the constitutionality of limits on independent spending in the regulation of referendums in *Libman, supra*.

B. *Libman v. Quebec (Attorney General)*

60 In *Libman*, the Court was asked to determine the constitutionality of the independent spending limits set out in Quebec's referenda legislation, the *Referendum Act*, R.S.Q., c. C-64.1. The impugned provisions of the *Referendum Act* circumscribed groups' or individuals' participation in a referendum campaign by requiring that they join the national committee supporting their position or by affiliating themselves with it. Only the national committees and the affiliated groups were permitted to incur "regulated expenses", which were effectively advertising expenses. Mr. Libman did not wish to endorse either position advocated by the national committee. Rather than supporting the "yes" or "no" position, Mr. Libman advocated in favour of abstaining from the vote. Mr. Libman argued that the impugned provisions infringed his rights to freedom of political expression and freedom of association because they restricted campaign expenditures conducted independently of the national committees.

61 The Court agreed that the limits on independent spending set out in the *Referendum Act* were not justified. The Court did, however, endorse spending limits as an essential means of promoting fairness in referenda and elections which the Court held were parallel processes: *Libman*, at para. 46. The Court, relying on the Lortie Report, endorsed several principles applicable to the regulation of election spending generally and of independent or third

du fait qu'elles renseignent sur ceux qui participent à la publicité électorale. Par conséquent, la constitutionnalité de chaque groupe de dispositions doit être examinée séparément. La Cour d'appel a eu tort de les considérer globalement.

Dans le présent pourvoi, notre Cour a pour la première fois l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité du régime établi par le Parlement en matière de publicité électorale des tiers. Elle a cependant déjà examiné, dans l'arrêt *Libman*, précité, la constitutionnalité de la limitation des dépenses des indépendants dans le cadre de la réglementation des consultations populaires.

B. *Libman c. Québec (Procureur général)*

Dans *Libman*, la Cour a été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité du plafonnement des dépenses des indépendants prévu par la loi référendaire québécoise, *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., ch. C-64.1. Les dispositions contestées de la *Loi sur la consultation populaire* encadraient la participation à une campagne référendaire des groupes et des individus en les obligeant à s'inscrire ou à s'affilier au comité national soutenant la même option qu'eux. Seuls les comités nationaux et les groupes affiliés pouvaient engager des « dépenses réglementées », qui étaient en fait des dépenses publicitaires. Monsieur Libman ne souhaitait pas souscrire à la position défendue par l'un ou l'autre des comités nationaux. Plutôt que d'appuyer le « oui » ou « non », M. Libman voulait s'abstenir de voter. Il soutenait que les dispositions contestées portaient atteinte à son droit à la liberté d'expression politique et à la liberté d'association, du fait qu'elles limitaient les dépenses engagées pour des campagnes menées indépendamment des comités nationaux.

La Cour a admis que la limitation des dépenses des indépendants prévue par la *Loi sur la consultation populaire* n'était pas justifiée. Elle a cependant reconnu que la restriction des dépenses était un moyen essentiel de favoriser l'équité à l'occasion des référendums et des élections, consultations que la Cour a estimé être des processus analogues : *Libman*, par. 46. Se fondant sur le Rapport Lortie, la Cour a fait siens plusieurs principes applicables à la

party spending specifically. They include (at paras. 47-50):

[1] If the principle of fairness in the political sphere is to be preserved, it cannot be presumed that all persons have the same financial resources to communicate with the electorate. . . . To ensure a right of equal participation in democratic government, laws limiting spending are needed to preserve the equality of democratic rights and ensure that one person's exercise of the freedom to spend does not hinder the communication opportunities of others. Owing to the competitive nature of elections, such spending limits are necessary to prevent the most affluent from monopolizing election discourse and consequently depriving their opponents of a reasonable opportunity to speak and be heard [equal dissemination of points of view].

[2] Spending limits are also necessary to guarantee the right of electors to be adequately informed of all the political positions advanced by the candidates and by the various political parties [free and informed vote]. . . .

[3] For spending limits to be fully effective, they must apply to all possible election expenses, including those of independent individuals and groups [application to all-effectiveness of spending limits generally]. . . .

[4] The actions of independent individuals and groups can [either] directly or indirectly support one of the parties or candidates, thereby resulting in an imbalance in the financial resources each candidate or political party is permitted. . . . “At elections, the advocacy of issue positions inevitably has consequences for election discourse and thus has partisan implications, either direct or indirect: voters cast their ballots for candidates and not for issues” [issue advocacy vs partisan advocacy]. . . .

[5] It is also important to limit independent spending more strictly than spending by candidates or political parties. . . . [O]wing to their numbers, the impact of such spending on one of the candidates or political parties to the detriment of the others could be disproportionate [application to all-effectiveness of spending limits generally]. [Emphasis added.]

réglementation des dépenses électorales en général et des dépenses des indépendants ou tiers en particulier. Parmi ces principes, citons les suivants (par. 47-50) :

[1] À cet égard, si l'on veut préserver le principe d'équité dans le domaine politique, on ne peut présumer que tous et toutes disposent des mêmes moyens financiers pour communiquer avec l'électoralat. [. . .] Afin d'assurer un droit de participation égale dans le gouvernement démocratique, des lois prévoyant des limitations au niveau des dépenses sont nécessaires pour préserver l'égalité des droits démocratiques, et veiller à ce que l'exercice de la liberté de dépenser des uns n'entrave pas les possibilités de communication des autres. En raison de la nature compétitive des élections, cette limitation des dépenses est nécessaire pour empêcher que les plus nantis ne s'approprient le discours électoral et privent ainsi leurs adversaires de la possibilité raisonnable de s'exprimer et d'être entendus [diffusion égale des points de vue].

[2] Cette limitation des dépenses est également nécessaire pour garantir le droit des électeurs et des électrices d'être adéquatement informés de toutes les positions politiques proposées par les candidats ou candidates et par les différents partis politiques [vote libre et éclairé]. . . .

[3] Afin que le régime de plafonnement des dépenses soit pleinement efficace, les limitations doivent s'appliquer à toutes les dépenses électorales possibles, y compris les dépenses des indépendants [application à tous — efficacité du plafonnement des dépenses en général]. . . .

[4] En effet, les actions des individus et des groupes indépendants peuvent soutenir directement ou indirectement un des partis ou un des candidats ou candidates et ainsi entraîner un déséquilibre dans les ressources financières permises à chacun des candidats ou candidates ou partis politiques. [. . .] « Au cours d'une campagne électorale, la mise en valeur d'un point de vue dans un dossier donné se répercute inévitablement sur le discours électoral et présente donc des implications partisanes, soit directement soit indirectement; les électeurs votent pour des candidats et candidates, et non pour des enjeux » [prise de position sur des enjeux particuliers vs discours partisan]. . . .

[5] Il est également important de limiter plus strictement les dépenses des indépendants que celles des candidats, candidates ou partis politiques. [. . .] Autrement, en raison de leur nombre, l'influence de leurs dépenses sur un des candidats, candidates ou partis politiques au détriment des autres pourrait être démesurée [application à tous — efficacité du plafonnement des dépenses en général]. [Je souligne.]

62

The Court's conception of electoral fairness as reflected in the foregoing principles is consistent with the egalitarian model of elections adopted by Parliament as an essential component of our democratic society. This model is premised on the notion that individuals should have an equal opportunity to participate in the electoral process. Under this model, wealth is the main obstacle to equal participation; see C. Feasby, "Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the *Charter*: The Emerging Egalitarian Model" (1999), 44 *McGill L.J.* 5. Thus, the egalitarian model promotes an electoral process that requires the wealthy to be prevented from controlling the electoral process to the detriment of others with less economic power. The state can equalize participation in the electoral process in two ways; see O. M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996), at p. 4. First, the State can provide a voice to those who might otherwise not be heard. The Act does so by reimbursing candidates and political parties and by providing broadcast time to political parties. Second, the State can restrict the voices which dominate the political discourse so that others may be heard as well. In Canada, electoral regulation has focussed on the latter by regulating electoral spending through comprehensive election finance provisions. These provisions seek to create a level playing field for those who wish to engage in the electoral discourse. This, in turn, enables voters to be better informed; no one voice is overwhelmed by another. In contrast, the libertarian model of elections favours an electoral process subject to as few restrictions as possible.

63

The current third party election advertising regime is Parliament's response to this Court's decision in *Libman*. The regime is clearly structured on the egalitarian model of elections. The overarching objective of the regime is to promote electoral fairness by creating equality in the political discourse. The regime promotes the equal dissemination of points of view by limiting the election advertising of

Comme en témoignent ces principes, la conception qu'a la Cour de l'équité électorale est compatible avec le modèle électoral égalitaire adopté par le Parlement comme composante essentielle de notre société démocratique. Ce modèle repose sur l'idée que chacun doit avoir une chance égale de participer au processus électoral. Suivant ce modèle, la richesse constitue le principal obstacle à l'égalité de participation : C. Feasby, « *Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter : The Emerging Egalitarian Model* » (1999), 44 *R.D. McGill* 5. En conséquence, le modèle égalitaire préconise un processus électoral où il faut empêcher les nantis de dominer le processus au détriment des personnes possédant des ressources financières moins grandes. Il existe deux façons pour l'État d'instaurer l'égalité de participation dans le processus électoral : O. M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996), p. 4. Premièrement, l'État peut donner une voix à ceux qui ne pourraient autrement se faire entendre. C'est ce que fait la Loi en prévoyant le remboursement des dépenses des candidats et des partis politiques et en attribuant du temps d'antenne aux partis politiques. Deuxièmement, l'État peut atténuer les voix qui dominent le discours politique pour que d'autres voix puissent elles aussi se faire entendre. Au Canada, le législateur a choisi de régir le processus électoral principalement au moyen de la deuxième solution, soit en réglementant les dépenses électorales par des dispositions exhaustives sur le financement des élections. Ces dispositions visent à permettre à ceux qui souhaitent participer au débat électoral de le faire à armes égales. Leur participation permet aux électeurs d'être mieux informés; aucune voix n'est étouffée par une autre. À l'opposé, le modèle électoral libertaire préconise un processus électoral comportant le plus petit nombre possible de restrictions.

L'actuel régime de publicité électorale des tiers a été instauré par le Parlement à la suite de l'arrêt *Libman* de notre Cour. La structure du régime s'inspire clairement du modèle égalitaire. L'objectif primordial du régime consiste à favoriser l'équité électorale en créant une situation d'égalité dans le débat politique. Il appuie la diffusion égale des points de vue en limitant la publicité électorale des tiers qui,

third parties who, as this Court has recognized, are important and influential participants in the electoral process. The advancement of equality and fairness in elections ultimately encourages public confidence in the electoral system. Thus, broadly speaking, the third party election advertising regime is consistent with an egalitarian conception of elections and the principles endorsed by this Court in *Libman*.

In determining the constitutionality of the third party advertising regime, the lower courts failed to follow this Court's guidance in *Libman*. First, they did not give any deference to Parliament's choice of electoral model. Second, they discarded the findings of the Lortie Commission on the basis of the Johnston Report. Discarding the Lortie Commission's findings led the lower courts to the conclusion that there was no evidence that the objectives of the impugned measures were pressing and substantial. Respectfully, the lower courts erred in doing so. I will deal with the question of the nature and sufficiency of the evidence justifying the third party advertising regime as well as the deference owed to Parliament in adopting a scheme to govern the electoral process in the s. 1 analysis below.

I consider first the constitutionality of each discrete set of provisions regulating third party advertising.

C. *Election Advertising Expense Limits*

(1) Freedom of Expression

The appellant rightly concedes that the limits on election advertising expenses infringe s. 2(b) of the *Charter*. Most third party election advertising constitutes political expression and therefore lies at the core of the guarantee of free expression. As discussed below, in some circumstances, third party election advertising may be less deserving of constitutional protection where it seeks to manipulate voters.

comme l'a reconnu notre Cour, sont des participants importants et influents dans le processus électoral. En définitive, l'avancement de l'égalité et de l'équité en matière électorale stimule la confiance du public dans le système électoral. Ainsi, de façon générale, le régime de publicité électorale applicable aux tiers est conforme à la conception égalitaire des élections et aux principes avalisés par notre Cour dans *Libman*.

Lorsqu'elles ont statué sur la constitutionnalité du régime de publicité applicable aux tiers, les juridictions inférieures ont omis de suivre les directives énoncées par notre Cour dans *Libman*. Premièrement, elles n'ont témoigné aucune déférence envers le modèle électoral choisi par le Parlement. Deuxièmement, elles ont écarté, sur le fondement du Rapport Johnston, les conclusions tirées par la Commission Lortie. Ce faisant, elles ont été amenées à conclure que rien n'attestait le caractère urgent et réel des objectifs visés par les mesures contestées. En toute déférence, j'estime que les juridictions inférieures ont fait erreur en agissant ainsi. Je traiterai plus loin, dans l'analyse fondée sur l'article premier, de la nature et du caractère suffisant de la preuve justifiant la mise en place du régime de publicité des tiers, ainsi que de la déférence due au Parlement dans l'adoption du cadre régissant le processus électoral.

Je vais tout d'abord examiner la constitutionnalité de chaque groupe de dispositions réglementant la publicité faite par les tiers.

C. *Le plafonnement des dépenses de publicité électorale*

(1) La liberté d'expression

L'appellant concède à juste titre que le plafonnement des dépenses de publicité électorale contrevent à l'al. 2b) de la *Charte*. Dans la plupart des cas, la publicité électorale des tiers constitue une forme d'expression politique et représente, de ce fait, un aspect fondamental de la garantie de liberté d'expression. Comme nous le verrons, cette publicité peut dans certaines circonstances avoir droit à une protection moins grande lorsqu'elle vise à manipuler l'électorat.

64

65

66

(2) The Right to Vote

67

The respondent also alleges that s. 350 infringes the right to vote protected by s. 3 of the *Charter* on the basis that it guarantees a right to unimpeded and unlimited electoral debate or expression. The respondent effectively equates the right to meaningful participation with the exercise of freedom of expression. Respectfully, this cannot be. The right to free expression and the right to vote are distinct rights; see *Thomson Newspapers, supra*, at para. 80. The more appropriate question is: how are these rights and their underlying values and purposes properly reconciled?

68

The purpose of s. 3 was first considered in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158. McLachlin J. (as she then was), in concluding that s. 3 does not require absolute equality of voting power, held that the purpose of s. 3 is effective representation. She explained, at p. 183:

It is my conclusion that the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Charter* is not equality of voting power *per se*, but the right to "effective representation". Ours is a representative democracy. Each citizen is entitled to be represented in government. Representation comprehends the idea of having a voice in the deliberations of government as well as the idea of the right to bring one's grievances and concerns to the attention of one's government representative [Emphasis in original.]

The Court has confirmed that effective representation is the purpose of s. 3 on several occasions; see *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Thomson Newspapers, supra*; and *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37.

69

The right to effective representation is, however, more than just a right to be effectively represented in Parliament. As L'Heureux-Dubé J. concluded in *Haig, supra*, at p. 1031, the right to vote also includes the "right to play a meaningful role in the

(2) Le droit de vote

Par ailleurs, l'intimé prétend que l'art. 350 porte atteinte au droit de vote protégé par l'art. 3 de la *Charte*, au motif que cette disposition garantirait à chacun, dans le cadre des élections, le droit de débattre ou de s'exprimer sans entrave ni limite. Dans les faits, l'intimé assimile l'exercice de la liberté d'expression au droit de participer utilement au processus électoral. En toute déférence, cette thèse ne saurait être retenue. Le droit à la liberté d'expression et le droit de vote sont des droits distincts; voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 80. La question consiste davantage à se demander comment concilier adéquatement ces droits ainsi que les valeurs et les objectifs qui les sous-tendent.

L'objet de l'art. 3 a été examiné pour la première fois dans l'arrêt *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158. Estimant que l'art. 3 n'exigeait pas l'égalité absolue du pouvoir électoral, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a conclu que l'objet de cette disposition était d'assurer la représentation effective. Elle a donné les explications suivantes, à la p. 183 :

Je conclus que l'objet du droit de vote garanti à l'art. 3 de la *Charte* n'est pas l'égalité du pouvoir électoral en soi mais le droit à une « représentation effective ». Notre démocratie est une démocratie représentative. Chaque citoyen a le droit d'être représenté au sein du gouvernement. La représentation suppose la possibilité pour les électeurs d'avoir voix aux délibérations du gouvernement aussi bien que leur droit d'attirer l'attention de leur député sur leurs griefs et leurs préoccupations . . . [Souligné dans l'original.]

La Cour a, à plusieurs reprises, confirmé que l'art. 3 avait pour objet la représentation effective : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Thomson Newspapers*, précité, et *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37.

Toutefois, le droit à une représentation effective ne se limite pas simplement au droit d'être représenté effectivement au Parlement. Comme l'a affirmé la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Haig*, précité, p. 1031, le droit de vote comprend

selection of elected representatives who, in turn, will be responsible for making decisions embodied in legislation for which they will be accountable to their electorate" (emphasis added). The Court expounded on this broader conception of the purpose of s. 3 in *Figueroa*.

The right to play a meaningful role in the electoral process under s. 3 of the *Charter* implicates a right of meaningful participation in that process. Meaningful participation is not limited to the selection of elected representatives. As Iacobucci J. explained in *Figueroa*, at para. 29:

It thus follows that participation in the electoral process has an intrinsic value independent of its impact upon the actual outcome of elections. To be certain, the electoral process is the means by which elected representatives are selected and governments formed, but it is also the primary means by which the average citizen participates in the open debate that animates the determination of social policy. The right to run for office provides each citizen with the opportunity to present certain ideas and opinions to the electorate as a viable policy option; the right to vote provides each citizen with the opportunity to express support for the ideas and opinions that a particular candidate endorses. In each instance, the democratic rights entrenched in s. 3 ensure that each citizen has an opportunity to express an opinion about the formation of social policy and the functioning of public institutions through participation in the electoral process. [Emphasis added.]

Greater participation in the political discourse leads to a wider expression of beliefs and opinions and results in an enriched political debate, thereby enhancing the quality of Canada's democracy.

This case engages the informational component of an individual's right to meaningfully participate in the electoral process. The right to meaningful participation includes a citizen's right to exercise his or her vote in an informed manner. For a voter to be well informed, the citizen must be able to weigh the relative strengths and weaknesses of each candidate and political party. The citizen must also be able to consider opposing aspects of issues associated with certain candidates and political parties where they exist. In short, the voter has a right to be

également le « droit de jouer un rôle important dans l'élection de députés qui, eux, sont chargés de prendre des décisions qui seront consacrées dans des lois dont ils auront à rendre compte auprès de leurs électeurs » (je souligne). La Cour a précisé cette conception élargie de l'objet de l'art. 3 dans *Figueroa*.

Le droit que reconnaît l'art. 3 de la *Charte* de jouer un rôle important dans le processus électoral suppose celui d'y participer utilement. Participer utilement ne se limite pas à élire des députés. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci, au par. 29 de l'arrêt *Figueroa* :

Il s'ensuit donc que la participation au processus électoral possède une valeur intrinsèque indépendamment de son effet sur le résultat concret des élections. Certes, il est vrai que le processus électoral est le moyen utilisé pour élire les députés et former les gouvernements, mais il constitue également le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui précède l'établissement de la politique sociale. Le droit de briguer les suffrages des électeurs offre à tout citoyen la possibilité de présenter certaines idées et opinions et d'offrir à l'électeurat une option politique viable. Le droit de vote permet à tout citoyen de manifester son appui à l'égard des idées et opinions auxquelles souscrit un candidat donné. Dans chacun des cas, les droits démocratiques consacrés à l'art. 3 font en sorte que tout citoyen a la possibilité d'exprimer une opinion sur l'élaboration de la politique sociale et le fonctionnement des institutions publiques en participant au processus électoral. [Je souligne.]

Une participation plus diversifiée au débat politique amène l'expression d'un plus large éventail de croyances et d'opinions et enrichit le débat politique, rehaussant par le fait même la qualité de la démocratie au Canada.

Le présent pourvoi met en cause l'aspect informationnel du droit de chacun de participer utilement au processus électoral. Ce droit comporte pour le citoyen celui de voter de manière éclairée. Pour ce faire, le citoyen doit être à même de soulever les forces et les faiblesses relatives de chaque candidat et de chaque parti politique. Il doit également être en mesure de considérer, le cas échéant, les aspects adverses des thèmes associés à certains candidats et à certains partis politiques. Bref, les électeurs ont le droit d'être « raisonnablement

“reasonably informed of all the possible choices”: *Libman*, at para. 47.

72 The question, then, is what promotes an informed voter? For voters to be able to hear all points of view, the information disseminated by third parties, candidates and political parties cannot be unlimited. In the absence of spending limits, it is possible for the affluent or a number of persons or groups pooling their resources and acting in concert to dominate the political discourse. The respondent’s factum illustrates that political advertising is a costly endeavour. If a few groups are able to flood the electoral discourse with their message, it is possible, indeed likely, that the voices of some will be drowned out; see *Libman*, *supra*; *Figueroa*, *supra*, at para. 49. Where those having access to the most resources monopolize the election discourse, their opponents will be deprived of a reasonable opportunity to speak and be heard. This unequal dissemination of points of view undermines the voter’s ability to be adequately informed of all views. In this way, equality in the political discourse is necessary for meaningful participation in the electoral process and ultimately enhances the right to vote. Therefore, contrary to the respondent’s submission, s. 3 does not guarantee a right to unlimited information or to unlimited participation.

informés de tous les choix possibles » : *Libman*, par. 47.

La question consiste donc à se demander qu’est-ce qui contribue à éclairer l’électeur. Pour que les électeurs puissent entendre tous les points de vue, il ne faut pas que les tiers, les candidats et les partis politiques soient autorisés à diffuser une quantité illimitée d’information. En l’absence de plafonnement des dépenses, il est possible aux mieux nantis ou à un certain nombre de personnes ou de groupes mettant leurs ressources en commun et agissant de concert de dominer le débat politique. Le mémoire de l’intimé illustre à quel point la publicité politique est une entreprise onéreuse. S’il est permis à certains groupes de saturer le discours électoral de leur message, il est possible, d’ailleurs même probable, que certaines voix soient étouffées : *Libman*, précité; *Figueroa*, précité, par. 49. Si ceux qui disposent des ressources les plus imposantes monopolisent le débat électoral, leurs adversaires seront privés de la possibilité raisonnable de s’exprimer et d’être entendus. Cette diffusion inégale des points de vues compromet la capacité de l’électeur d’être informé adéquatement de tous les points de vue. En ce sens, l’égalité dans le discours politique s’impose pour assurer une participation utile au processus électoral et, en définitive, pour renforcer la valeur du droit de vote. Par conséquent, contrairement à ce que prétend l’intimé, l’art. 3 ne garantit pas le droit à une information illimitée ou à une participation illimitée.

73 Spending limits, however, must be carefully tailored to ensure that candidates, political parties and third parties are able to convey their information to voters. Spending limits which are overly restrictive may undermine the informational component of the right to vote. To constitute an infringement of the right to vote, these spending limits would have to restrict information in such a way as to undermine the right of citizens to meaningfully participate in the political process and to be effectively represented.

74 The question, then, is whether the spending limits set out in s. 350 interfere with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral

Le plafonnement des dépenses doit cependant être soigneusement adapté, de façon que les candidats, les partis politiques et les tiers puissent communiquer leur message à l’électorat. L’application de limites trop restrictives risque d’affaiblir l’aspect informationnel du droit de vote. Pour qu’il y ait atteinte au droit de vote, il faudrait que les plafonds de dépenses restreignent l’information au point de compromettre le droit des citoyens de participer utilement au processus politique et d’être représentés de façon effective.

En conséquence, il s’agit de décider si les plafonds de dépenses prescrits par l’art. 350 vont contrecarrer le droit du citoyen de jouer un rôle important dans

process. In my view, they do not. The trial judge found that the advertising expense limits allow third parties to engage in “modest, national, informational campaigns” as well as “reasonable electoral district informational campaigns” but would prevent third parties from engaging in an “effective persuasive campaign” (para. 78). He did not give sufficient attention to the potential number of third parties or their ability to act in concert. Meaningful participation in elections is not synonymous with the ability to mount a media campaign capable of determining the outcome. In fact, such an understanding of “meaningful participation” would leave little room in the political discourse for the individual citizen and would be inimical to the right to vote. Accordingly, there is no infringement of s. 3 in this case and no conflict between the right to vote and freedom of expression.

(3) The Section 1 Justification Applicable to the Infringement of Freedom of Expression

The central issue at this stage of the analysis is the nature and sufficiency of the evidence required for the Attorney General to demonstrate that the limits imposed on freedom of expression are reasonable and justifiable in a free and democratic society. The Attorney General of Canada alleges that the lower courts erred in requiring scientific proof that harm had actually occurred and, specifically, by requiring conclusive proof that third party advertising influences voters and election outcomes, rendering them unfair.

This is not the first time the Court has addressed the standard of proof the Crown must satisfy in demonstrating possible harm. Nor is it the first time that the Court has been faced with conflicting social science evidence regarding the problem that Parliament seeks to address. Indeed, in *Thomson Newspapers*, *supra*, this Court addressed the nature and sufficiency of evidence required when Parliament adopts a regulatory regime to govern the electoral process. The context of the impugned provision determines the type of proof that a court will require of the legislature to justify its measures under s. 1; see *Thomson Newspapers*, at para. 88. As this pivotal

le processus électoral. J'estime que non. Le juge de première instance a conclu que le plafonnement des dépenses de publicité permettait aux tiers de mener des [TRADUCTION] « campagnes d'information modestes à l'échelle nationale » et des « campagnes d'information raisonnables à l'échelle de la circonscription », mais non une « campagne efficace et convaincante » (par. 78). Le juge n'a pas accordé suffisamment d'importance au nombre potentiel de tiers ou à leur capacité d'agir de concert. La participation utile aux élections n'est pas synonyme de capacité de mener une campagne médiatique susceptible de déterminer l'issue d'un scrutin. En réalité, une telle conception de la « participation utile » ne laisserait au citoyen que peu de latitude dans le débat politique et serait préjudiciable au droit de vote. Il n'y a donc en l'espèce ni atteinte à l'art. 3 ni conflit entre le droit de vote et la liberté d'expression.

(3) La justification de l'atteinte à la liberté d'expression en vertu de l'article premier

La question centrale à cette étape de l'analyse concerne la nature et le caractère suffisant de la preuve que doit présenter le procureur général pour établir que les limites à la liberté d'expression sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le procureur général du Canada affirme que les juridictions inférieures ont fait erreur en exigeant une preuve scientifique de l'existence d'un préjudice concret et, en particulier, une preuve concluante que la publicité faite par les tiers influence les électeurs et l'issue des scrutins, rendant ceux-ci inéquitables.

Ce n'est pas la première fois que la Cour se penche sur la norme de preuve à laquelle doit satisfaire l'État pour démontrer l'existence d'un préjudice potentiel. Ce n'est pas non plus la première fois que la Cour a devant elle des preuves contradictoires relevant des sciences sociales sur le problème que le Parlement cherche à corriger. De fait, dans *Thomson Newspapers*, précité, notre Cour s'est interrogée sur la nature et le caractère suffisant de la preuve requise lorsque le Parlement adopte un régime de réglementation du processus électoral. Le contexte dans lequel s'inscrit la disposition contestée détermine le type de preuve que le tribunal requerra du législateur

issue affects the entire s. 1 analysis, it is helpful to consider the contextual factors at the outset.

(a) *Contextual Factors*

(i) The Nature of the Harm and the Inability to Measure It

77 The legislature is not required to provide scientific proof based on concrete evidence of the problem it seeks to address in every case. Where the court is faced with inconclusive or competing social science evidence relating the harm to the legislature's measures, the court may rely on a reasoned apprehension of that harm.

78 This Court has, in the absence of determinative scientific evidence, relied on logic, reason and some social science evidence in the course of the justification analysis in several cases; see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 776; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 137; *Thomson Newspapers, supra*, at paras. 104-7; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. In *RJR-MacDonald*, the Court held, in the absence of direct scientific evidence showing a causal link between advertising bans and a decrease in tobacco consumption/use, that as a matter of logic advertising bans and package warnings lead to a reduction in tobacco use; see paras. 155-58. McLachlin J. held, at para. 137, that:

Discharge of the civil standard does not require scientific demonstration; the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view.

pour justifier ses mesures au regard de l'article premier; voir *Thomson Newspapers*, par. 88. Comme cette question fondamentale a une incidence sur l'ensemble de l'analyse fondée sur l'article premier, il est utile d'examiner d'abord les facteurs contextuels.

a) *Les facteurs contextuels*

(i) La nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur

Le législateur n'est pas systématiquement tenu de fournir, à l'égard du problème auquel il cherche à remédier, une preuve scientifique reposant sur des éléments concrets. Les tribunaux peuvent se fonder sur une crainte raisonnée du préjudice lorsqu'ils sont en présence de preuves relevant des sciences sociales qui sont contradictoires ou non concluantes quant au lien entre le préjudice et les mesures prises.

En l'absence de preuves scientifiques déterminantes, notre Cour a maintes fois fait appel à la logique, à la raison et à certaines preuves relevant des sciences sociales dans le cours de l'analyse de la justification; voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 503; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 768 et 776; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137; *Thomson Newspapers*, précité, par. 104-107; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, malgré l'absence de preuve scientifique directe de l'existence d'un lien de causalité entre les prohibitions touchant la publicité, d'une part, et la diminution de l'usage du tabac, d'autre part, notre Cour a jugé qu'il était logique de conclure que les prohibitions frappant la publicité ainsi que les mises en garde figurant sur les emballages entraînaient une diminution de l'usage du tabac; voir par. 155-158. La juge McLachlin a tiré la conclusion suivante, au par. 137 :

Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique.

In *Thomson Newspapers*, the evidence as to the influence of polls on voter choice was uncertain. Nevertheless, the majority of the Court concluded, as a matter of logic assisted by some social science evidence, that the possible influence of polls on voter choice was a legitimate harm that Parliament could seek to remedy, and was thus a pressing and substantial objective; see paras. 104-107.

Similarly, the nature of the harm and the efficaciousness of Parliament's remedy in this case is difficult, if not impossible, to measure scientifically. The harm which Parliament seeks to address can be broadly articulated as electoral unfairness. Several experts, as well as the Lortie Commission, concluded that unlimited third party advertising can undermine election fairness in several ways. First, it can lead to the dominance of the political discourse by the wealthy (*Lortie Report, supra*, at p. 326; Professor Peter Aucoin's evidence, at Cairns J.'s paras. 60-61). Second, it may allow candidates and political parties to circumvent their own spending limits through the creation of third parties (*Lortie Report*, at p. 15; Professor Frederick James Fletcher and Chief Electoral Officer, at Cairns J.'s para. 62). Third, unlimited third party spending can have an unfair effect on the outcome of an election (*Lortie Report*, at pp. 15-16). Fourth, the absence of limits on third party advertising expenses can erode the confidence of the Canadian electorate who perceive the electoral process as being dominated by the wealthy. This harm is difficult, if not impossible, to measure because of the subtle ways in which advertising influences human behaviour; the influence of other factors such as the media and polls; and the multitude of issues, candidates and independent parties involved in the electoral process. In light of these difficulties, logic and reason assisted by some social science evidence is sufficient proof of the harm that Parliament seeks to remedy.

Dans *Thomson Newspapers*, la preuve concernant l'influence des sondages sur le choix des électeurs était incertaine. Néanmoins, s'appuyant sur la logique et sur certains éléments de preuve relevant des sciences sociales, les juges majoritaires ont conclu que l'influence possible des sondages sur le choix des électeurs constituait un préjudice légitime auquel le Parlement pouvait chercher à remédier, et qu'il s'agissait donc d'un objectif urgent et réel; voir par. 104-107.

De même, il est en l'espèce difficile, voire impossible, de mesurer scientifiquement la nature du préjudice et l'efficacité de la solution retenue par le Parlement. Le préjudice auquel ce dernier veut remédier peut, de façon générale, être décrit comme étant l'iniquité électorale. Plusieurs experts, ainsi que la Commission Lortie, ont conclu qu'une publicité illimitée par les tiers pouvait compromettre l'équité électorale de plusieurs façons. Premièrement, cette publicité peut mener à la domination du débat politique par les mieux nantis (*Rapport Lortie, op. cit.*, p. 338; témoignage du professeur Peter Aucoin, motifs du juge Cairns, par. 60-61). Deuxièmement, elle peut permettre aux candidats et aux partis politiques d'esquiver leurs propres limites de dépenses par la création de tierces parties (*Rapport Lortie*, p. 16; professeur Frederic James Fletcher et directeur général des élections, motifs du juge Cairns, par. 62). Troisièmement, elle peut avoir des effets inéquitables sur le résultat du scrutin (*Rapport Lortie*, p. 15-17). Quatrièmement, l'absence de plafonds applicables aux dépenses de publicité des tiers peut miner la confiance des électeurs canadiens qui considèrent que le processus électoral est dominé par les mieux nantis. Il est difficile, voire impossible, de mesurer ce préjudice en raison des influences subtiles qu'exerce la publicité sur le comportement humain, de l'influence d'autres facteurs tels que les médias et les sondages, ainsi que de la multitude des enjeux, candidats et intervenants indépendants en présence dans le processus électoral. Compte tenu de ces difficultés, la logique et la raison, conjuguées à certains éléments preuve relevant des sciences sociales, démontrent de façon suffisante l'existence du préjudice auquel le Parlement cherche à remédier.

(ii) Vulnerability of the Group

80 Third party spending limits seek to protect two groups. First, the limits seek to protect the Canadian electorate by ensuring that it is possible to hear from all groups and thus promote a more informed vote. Generally, the Canadian electorate “must be presumed to have a certain degree of maturity and intelligence”; see *Thomson Newspapers, supra*, at para. 101. Where, however, third party advertising seeks to systematically manipulate the voter, the Canadian electorate may be seen as more vulnerable; see *Thomson Newspapers*, at para. 114.

81 The members of the second group protected by the legislation are candidates and political parties. The appellant argues that the provisions seek to ensure that candidates and political parties have an equal opportunity to present their positions to the electorate. As discussed in *Figuerola, supra*, at para. 41, all political parties, whether large or small, are “capable of acting as a vehicle for the participation of individual citizens in the public discourse that animates the determination of social policy”. Thus, regardless of their size, political parties are important to the democratic process. Nevertheless, neither candidates nor political parties can be said to be vulnerable.

(iii) Subjective Fears and Apprehension of Harm

82 Perception is of utmost importance in preserving and promoting the electoral regime in Canada. Professor Aucoin emphasized that “[p]ublic perceptions are critical precisely because the legitimacy of the election regime depends upon how citizens assess the extent to which the regime advances the values of their electoral democracy” (emphasis in original). Electoral fairness is key. Where Canadians perceive elections to be unfair, voter apathy follows shortly thereafter.

83 Several surveys indicate that Canadians view third party spending limits as an effective means

(ii) La vulnérabilité du groupe

Le plafonnement des dépenses faites par les tiers vise à protéger deux groupes. Tout d'abord, ces limites tendent à protéger les électeurs canadiens en leur permettant d'entendre tous les groupes et, de ce fait, de voter de manière plus éclairée. En règle générale, « [i]l faut présumer aux électeurs canadiens un certain degré de maturité et d'intelligence »; voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 101. Cependant, lorsque la publicité émanant de tiers cherche systématiquement à manipuler l'électeur, c'est l'électorat canadien qui peut être considéré comme plus vulnérable; voir *Thomson Newspapers*, par. 114.

Les membres du second groupe bénéficiant de la protection de la loi sont les candidats et les partis politiques. L'appelant soutient que les dispositions visent à assurer aux candidats et aux partis politiques une chance égale de présenter leurs positions à l'électorat. Comme il a été expliqué dans l'arrêt *Figuerola*, précité, par. 41, tous les partis politiques, petits ou grands, sont « capables d'agir comme véhicule permettant aux citoyens de participer au débat public qui inspire l'établissement de la politique sociale ». En conséquence, quelle que soit leur taille, les partis politiques sont des acteurs importants dans le processus démocratique. Néanmoins, il est impossible d'affirmer que les candidats ou les partis politiques sont vulnérables.

(iii) Les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice

La perception du public est de la plus haute importance lorsqu'il s'agit de préserver et de soutenir le régime électoral au Canada. Le professeur Aucoin a souligné que [TRADUCTION] « [I]a perception du public est cruciale, précisément parce que la légitimité du régime électoral est tributaire de la mesure dans laquelle les citoyens considèrent que celui-ci soutient les valeurs de leur démocratie électorale » (en italique dans l'original). L'équité électorale est l'élément clé. Lorsque les Canadiens ont le sentiment que les élections sont inéquitables, l'apathie des électeurs s'ensuit peu de temps après.

Plusieurs sondages indiquent que les Canadiens voient dans le plafonnement des dépenses des tiers

of advancing electoral fairness. Indeed, in *Libman, supra*, at para. 52, the Court relied on the survey conducted by the Lortie Commission illustrating that 75 percent of Canadians supported limits on spending by interest groups to conclude that spending limits are important to maintain public confidence in the electoral system.

(iv) The Nature of the Infringed Activity: Political Expression

Third party advertising is political expression. Whether it is partisan or issue-based, third party advertising enriches the political discourse (*Lortie Report, supra*, at p. 340). As such, the election advertising of third parties lies at the core of the expression guaranteed by the *Charter* and warrants a high degree of constitutional protection. As Dickson C.J. explained in *Keegstra, supra*, at pp. 763-64:

The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons.

In some circumstances, however, third party advertising will be less deserving of constitutional protection. Indeed, it is possible that third parties having access to significant financial resources can manipulate political discourse to their advantage through political advertising. In *Thomson Newspapers, supra*, at para. 94, the majority of the Court explained:

[U]nder certain circumstances, the nature of the interests (i.e., a single party or faction with a great preponderance of financial resources) of the speakers could make the expression itself inimical to the exercise of a free and informed choice by others.

un moyen efficace de favoriser l'équité électorale. De fait, dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 52, se fondant sur l'enquête menée par la Commission Lortie révélant que 75 pour 100 des Canadiens appuyaient la limitation des dépenses des groupes d'intérêt, notre Cour a conclu que le plafonnement des dépenses contribuait de façon importante au maintien de la confiance du public dans le système électoral.

(iv) La nature de l'activité protégée : l'expression politique

La publicité faite par les tiers est une forme d'expression politique. Qu'elle soit partisane ou qu'elle s'attache à un enjeu donné, la publicité électorale des tiers enrichit le débat politique (*Rapport Lortie, op. cit.*, p. 352). En tant que telle, elle constitue un aspect fondamental de la liberté d'expression garantie par la *Charte* et commande un haut degré de protection constitutionnelle. Comme l'a expliqué le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, p. 763-764 :

Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous.

Dans certaines circonstances, cependant, la publicité faite par les tiers ne justifie pas autant d'être protégée par la Constitution. En effet, il est possible que des tiers disposant de ressources financières considérables manipulent le débat politique à leur avantage par la publicité politique. Dans *Thomson Newspapers*, précité, la majorité de la Cour a donné l'explication suivante, au par. 94 :

[D]ans certaines circonstances, la nature des intérêts (c'est-à-dire le fait qu'un parti ou une faction dispose d'une supériorité considérable du point de vue des ressources financières) de ceux qui s'expriment pourrait rendre la forme d'expression elle-même incompatible avec l'exercice par les autres intéressés d'un choix libre et éclairé.

84

85

There is no evidence before the Court that indicates that third party advertising seeks to be manipulative. Nor is there any evidence that third parties wish to use their advertising dollars to smear candidates or engage in other forms of non-political discourse. Nevertheless, the danger that political advertising may manipulate or oppress the voter means that some deference to the means chosen by Parliament is warranted.

86

The Attorney General of Canada argues that although the impugned provisions limit the political expression of some, the provisions enhance the political expression of others. This Court explored this dichotomy in *Libman, supra*, at para. 61:

... the legislature's objective, namely to enhance the exercise of the right to vote, must be borne in mind. Thus, while the impugned provisions do in a way restrict one of the most basic forms of expression, namely political expression, the legislature must be accorded a certain deference to enable it to arbitrate between the democratic values of freedom of expression and referendum fairness. The latter is related to the very values the Canadian *Charter* seeks to protect, in particular the political equality of citizens that is at the heart of a free and democratic society. The impugned provisions impose a balance between the financial resources available to the proponents of each option in order to ensure that the vote by the people will be free and informed and that the discourse of each option can be heard. To attain this objective, the legislature had to try to strike a balance between absolute freedom of individual expression and equality among the different expressions for the benefit of all. From this point of view, the impugned provisions are therefore not purely restrictive of freedom of expression. Their primary purpose is to promote political expression by ensuring an equal dissemination of points of view and thereby truly respecting democratic traditions. [Emphasis added.]

Further, by limiting political expression, the spending limits bring greater balance to the political discourse and allow for more meaningful participation in the electoral process. Thus, the provisions also enhance a second *Charter* right, the right to vote.

87

Under the egalitarian model of elections, Parliament must balance the rights and privileges of the participants in the electoral process:

Il n'a été présenté à la Cour aucune preuve indiquant que la publicité faite par les tiers a pour but de manipuler l'électorat ou que des tiers entendent utiliser leur budget publicitaire pour dénigrer des candidats ou se livrer à d'autres formes de discours non politiques. Quoi qu'il en soit, le risque que la publicité politique puisse servir à manipuler ou opprimer les électeurs justifie une certaine déférence envers les moyens retenus par le législateur.

Le procureur général du Canada fait valoir que, bien que les dispositions contestées restreignent l'expression politique de certains, elles renforcent celle d'autres personnes. Notre Cour a examiné cette dichotomie dans *Libman*, précité, par. 61 :

... il faut tenir compte de l'objectif poursuivi par le législateur, c'est-à-dire la valorisation de l'exercice du droit de vote. Ainsi, bien que les dispositions contestées restreignent d'une certaine façon l'une des formes les plus fondamentales d'expression, soit l'expression politique, une certaine déférence doit être accordée au législateur pour lui permettre d'arbitrer entre les valeurs démocratiques que constituent la liberté d'expression et l'équité référendaire. Cette dernière se rattache en effet aux valeurs mêmes que cherche à protéger la *Charte* canadienne, en particulier l'égalité politique des citoyens qui est au cœur d'une société libre et démocratique. En effet, les dispositions contestées imposent un équilibre entre les ressources financières des tenants de chaque option de façon à assurer que la population votera de manière libre et éclairée et que le discours de chacun pourra être entendu. Pour atteindre cet objectif, le législateur a dû chercher un équilibre entre la liberté d'expression individuelle absolue et l'égalité entre les différentes expressions pour le bienfait collectif. De ce point de vue, les dispositions contestées ne sont donc pas purement restrictives de la liberté d'expression. Elles visent avant tout à favoriser l'expression politique en assurant une diffusion égale des expressions dans le pur respect des traditions démocratiques. [Je souligne.]

Qui plus est, en limitant l'expression politique, le plafonnement des dépenses assure un meilleur équilibre dans le débat et permet une participation plus utile au processus électoral. En conséquence, ces dispositions renforcent également un deuxième droit garanti par la *Charte*, le droit de vote.

Selon le modèle électoral égalitaire, le Parlement doit mettre en équilibre les droits et priviléges des divers participants au processus électoral :

candidates, political parties, third parties and voters. Advertising expense limits may restrict free expression to ensure that participants are able to meaningfully participate in the electoral process. For candidates, political parties and third parties, meaningful participation means the ability to inform voters of their position. For voters, meaningful participation means the ability to hear and weigh many points of view. The difficulties of striking this balance are evident. Given the right of Parliament to choose Canada's electoral model and the nuances inherent in implementing this model, the Court must approach the justification analysis with deference. The lower courts erred in failing to do so (Paperny J.A., at para. 135). In the end, the electoral system, which regulates many aspects of an election, including its duration and the control and reimbursement of expenses, reflects a political choice, the details of which are better left to Parliament.

On balance, the contextual factors favour a deferential approach to Parliament in determining whether the third party advertising expense limits are demonstrably justified in a free and democratic society. Given the difficulties in measuring this harm, a reasoned apprehension that the absence of third party election advertising limits will lead to electoral unfairness is sufficient.

(b) *Limits Prescribed by Law*

The respondent argues that the entire third party advertising expense regime is too vague to constitute a limit prescribed by law on the basis that the legislation provides insufficient guidance as to when an issue is "associated" with a candidate or party. Thus, it is unclear when advertising constitutes election advertising and is subject to the regime's provisions. This argument is unfounded. The definition

candidats, partis politiques, tiers et électeurs. Le plafonnement des dépenses publicitaires peut porter atteinte à la liberté d'expression en vue de permettre aux participants de participer utilement au processus électoral. Dans le cas des candidats, des partis politiques et des tiers, la notion de participation utile s'entend de la capacité de faire connaître leurs vues aux électeurs. Dans le cas des électeurs, cette notion signifie la capacité d'entendre et de soupeser de nombreux points de vue. L'établissement de cet équilibre présente des difficultés évidentes. Étant donné que c'est au Parlement qu'il appartient de choisir le modèle électoral applicable au Canada et vu les nuances que requiert intrinsèquement la mise en œuvre de ce modèle, la Cour doit entreprendre l'analyse de la justification avec toute la déférence qui s'impose. Les juridictions inférieures ont commis une erreur en omettant de manifester cette déférence (la juge Paperny, par. 135). En définitive, le système électoral — qui régit de nombreux aspects des élections, notamment la durée des campagnes ainsi que le contrôle et le remboursement des dépenses électORALES — reflète un choix politique, dont il est préférable de laisser le détail au Parlement.

Somme toute, les facteurs contextuels militent en faveur d'une attitude empreinte de déférence envers le Parlement dans l'examen de la question de savoir si le plafonnement des dépenses publicitaires faites par les tiers est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique. Vu les difficultés que présente l'évaluation du préjudice, l'existence d'une appréhension raisonnée que l'absence d'une telle limitation serait source d'iniquité électorale suffit.

b) *Les limites prescrites par une règle de droit*

Invoquant le fait que la Loi ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par une question « associée » ou « particulièrement associée » à un candidat ou à un parti, l'intimé prétend que l'ensemble du régime applicable aux dépenses de publicité des tiers est trop imprécis pour constituer une règle de droit. Il serait par conséquent difficile de déterminer si des mesures publicitaires constituent

of election advertising in s. 319, although broad in scope, is not unconstitutionally vague.

90

A provision will be considered impermissibly vague where there is no adequate basis for legal debate or where it is impossible to delineate an area of risk; see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 639-40. The interpretation of the terms at issue here must be contextual. It is clear that a regulatory regime cannot by necessity provide for a detailed description of all eventualities and must give rise to some discretionary powers — a margin of appreciation. What is essential is that the guiding principles be sufficiently clear to avoid arbitrariness. While no specific criteria exist, it is possible to determine whether an issue is associated with a candidate or political party and, therefore, to delineate an area of risk. For example, it is possible to discern whether an issue is associated with a candidate or political party from their platform. Where an issue arises in the course of the electoral campaign, the response taken by the candidate or political party may be found in media releases (Lortie Report, *supra*, at p. 341). Whether the definition is impermissibly broad is a matter for legal debate and is more properly considered at the minimal impairment stage of the justification analysis.

91

The overarching objective of the third party election advertising limits is electoral fairness. Equality in the political discourse promotes electoral fairness and is achieved, in part, by restricting the participation of those who have access to significant financial resources. The more voices that have access to the political discourse, the more voters will be empowered to exercise their right in a meaningful and informed manner. Canadians understandably have greater confidence in an electoral system which ultimately encourages increased participation.

de la publicité électorale et sont, de ce fait, assujetties au régime. Cet argument n'est pas fondé. Bien qu'ayant une large portée, la définition de « publicité électorale » à l'art. 319 n'est pas imprécise au point d'être inconstitutionnelle.

Une disposition est considérée d'une imprécision inacceptable s'il n'existe aucun fondement suffisant pour un débat judiciaire ou s'il est impossible de délimiter une sphère de risque; voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 639-640. L'interprétation des termes litigieux en l'espèce doit être contextuelle. Il va de soi qu'un régime réglementaire ne peut évidemment pas décrire par le menu détail toutes les éventualités et qu'il doit conférer un certain pouvoir discrétionnaire — une marge d'appréciation. L'essentiel, c'est que les principes directeurs soient suffisamment clairs pour éviter l'arbitraire. Bien qu'aucun critère précis n'existe, il est possible de dire si une question est associée à un candidat ou à un parti politique et, partant, de délimiter une sphère de risque. Par exemple, il est possible de déterminer si une question est associée à un candidat ou à un parti politique en consultant leur programme électoral. Lorsqu'une question se soulève durant la campagne électorale, la réponse du candidat ou du parti politique peut être fournie par voie de communiqué de presse (Rapport Lortie, *op. cit.*, p. 353). La question de savoir si la définition est d'une imprécision inacceptable est susceptible de débat judiciaire et il convient de l'examiner à l'étape de l'atteinte minimale dans l'analyse de la justification.

c) *L'objectif est-il urgent et réel?*

L'équité électorale est l'objectif primordial du plafonnement des dépenses de publicité électorale faites par les tiers. L'égalité dans le cadre du débat électoral favorise cette équité et elle est réalisée, en partie, en restreignant la participation de ceux qui disposent de ressources financières considérables. Plus il y a de voix qui se font entendre dans le débat politique, plus les électeurs sont en mesure d'exercer leur droit de vote d'une manière utile et éclairée. Les Canadiens ont naturellement davantage confiance dans un système électoral qui, au bout du compte, encourage une participation accrue.

For the purpose of the s. 1 analysis, however, “it is desirable to state the purpose of the limiting provision as precisely and specifically as possible so as to provide a clear framework for evaluating its importance, and the precision with which the means have been crafted to fulfil that objective”; see *Thomson Newspapers*, at para. 98. More narrowly characterized, the objectives of the third party election advertising scheme are threefold: first, to promote equality in the political discourse; second, to protect the integrity of the financing regime applicable to candidates and parties; and third, to ensure that voters have confidence in the electoral process.

As discussed, the Attorney General of Canada does not need to provide evidence of actual harm to demonstrate that each objective is pressing and substantial; see *Butler, supra*; *Sharpe, supra*; *RJR-MacDonald, supra*. The lower courts effectively required scientific proof that, in Canada, the absence of third party spending limits has rendered Canadian elections unfair. The lower courts sought evidence establishing that third party advertising influences the electorate in a disproportionate way (*Cairns J.*, at para. 261; *Paperny J.A.*, at para. 157). To require the Attorney General to produce definitive social science evidence establishing the causes of every area of social concern would be to place an unreasonably high onus on the Attorney General. In this case, the Attorney General adduced sufficient informed evidence of the importance of electoral regulation in our free and democratic society.

In this case, the Lortie Report is the central piece of the evidentiary record establishing the possible harm engendered by uncontrolled third party advertising and justifying the limits set by Parliament on the advertising expenses of third parties.

As mentioned, the trial judge and the majority of the Court of Appeal discarded the findings of the Lortie Commission on the basis of the Johnston Report matter as the courts had done in *Pacific Press*

Toutefois, pour les besoins de l’analyse fondée sur l’article premier, « il est souhaitable d’énoncer de façon aussi précise et spécifique que possible, d’une part, l’objectif de la disposition attentatoire afin d’établir un cadre clair pour évaluer son importance, et, d’autre part, la précision avec laquelle les moyens choisis ont été conçus pour réaliser cet objectif »; voir *Thomson Newspapers*, par. 98. Réduits à leur plus simple expression, les objectifs poursuivis par le régime de publicité électorale des tiers se résument à trois choses. Premièrement, favoriser l’égalité dans le débat politique. Deuxièmement, protéger l’intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis. Troisièmement, maintenir la confiance des électeurs dans le processus électoral.

Comme il a été expliqué précédemment, le procureur général du Canada n’a pas à faire la preuve d’un préjudice concret pour établir le caractère réel et urgent de chaque objectif : *Butler, Sharpe et RJR-MacDonald*, précités. Dans les faits, les jurisdictions inférieures ont exigé une preuve scientifique démontrant qu’au Canada l’absence de limitation des dépenses faites par les tiers rend les élections inéquitables. Ces tribunaux demandaient la preuve que cette publicité influence l’électeurat de façon disproportionnée (le juge Cairns, par. 261; la juge Paperny, par. 157). Ce serait imposer au procureur général un fardeau déraisonnablement lourd que de l’obliger à produire une preuve décisive relevant des sciences sociales pour établir la cause de tout problème social. En l’occurrence, le procureur général a présenté une preuve sérieuse et suffisante de l’importance de la réglementation des élections dans notre société libre et démocratique.

En l’espèce, le Rapport Lortie constitue, dans le dossier, le principal élément de preuve établissant le préjudice susceptible de résulter de l’absence de réglementation de la publicité faite par les tiers; il sert à justifier les limites établies par le Parlement à l’égard des dépenses publicitaires de ceux-ci.

Comme il a été mentionné plus tôt, le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont, sur le fondement du Rapport Johnston, écarté les conclusions de la Commission

92

93

94

95

v. *British Columbia (Attorney General)*, [2000] 5 W.W.R. 219, 2000 BCSC 248, and *Somerville*, *supra*. In doing so, the trial judge concluded that there was no actual evidence that third party advertising influenced the electorate (para. 261). The majority of the Court of Appeal also placed little weight on the findings of the Lortie Commission and concluded that the remaining evidence was inconclusive (paras. 108 and 114). In my view, the shift in Professor Johnston's empirical conclusion of the effect of third party spending on voter outcome of the 1988 federal election does not undermine the overall persuasiveness of the Lortie Report for several reasons.

96 Johnston's preliminary findings regarding the effect of third party spending on the 1988 federal election were not determinative of the position taken by the Lortie Commission on third party spending generally. It is inconceivable that the findings of a Royal Commission would be based solely on one preliminary report in the presence of numerous other expert reports. Professor Aucoin, the Lortie Commission research director, confirmed that he would still recommend third party spending limits to preserve the fairness of the electoral system (*Cairns J.*, para. 67).

97 Further, Johnston's conclusions in *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*, *supra*, only focus on one component of electoral fairness: the outcome of the election. *Letting the People Decide* does not speak to the impact of third party advertising on the fairness of the electoral process. As discussed, in the context of elections, process is as important as outcome; see *Figueroa*, *supra*, at para. 29 of its report. The Lortie Commission emphasized, at p. 14, that "the right to vote can be politically meaningful and the equality of voters assured only if the electoral process itself is fair". Nor does *Letting the People Decide* speak to the impact of unlimited third party advertising on the confidence Canadians have in their democratic electoral system. On this issue, the Lortie Commission opined that "[t]he integrity of the electoral process

Lortie, comme l'avaient fait les tribunaux dans les affaires *Pacific Press c. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 5 W.W.R. 219, 2000 BCSC 248, et *Somerville*, précitée. Ce faisant, le juge de première instance a conclu qu'il n'existe aucune preuve concrète que la publicité émanant des tiers influence les électeurs (par. 261). Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eux aussi accordé peu de poids aux constatations de la Commission Lortie et ils ont estimé que le reste de la preuve n'était pas concluante (par. 108 et 114). À mon avis, le fait que le professeur Johnston ait changé sa conclusion empirique quant à l'effet des dépenses des tiers sur le résultat du scrutin lors de l'élection fédérale de 1988 ne diminue en rien la force persuasive globale du Rapport Lortie, et ce pour plusieurs raisons.

Les constatations préliminaires du professeur Johnston sur l'effet des dépenses des tiers lors de l'élection fédérale de 1988 n'ont pas déterminé la position de la Commission Lortie sur les dépenses des tiers en général. Il est inconcevable que les conclusions d'une Commission royale reposent uniquement sur un rapport préliminaire, alors qu'il existait de nombreux autres rapports d'experts. Le professeur Aucoin, qui était directeur de la recherche pour la Commission Lortie, a confirmé qu'il recommanderait quand même le plafonnement des dépenses des tiers pour préserver l'équité du système électoral (le juge Cairns, par. 67).

De plus, les conclusions énoncées par le professeur Johnston dans *Letting the People Decide : Dynamics of a Canadian Election*, *op. cit.*, ne s'attachent qu'à un aspect de l'équité électorale : le résultat du scrutin. L'ouvrage *Letting the People Decide* ne traite pas de l'effet de la publicité des tiers sur l'équité du processus électoral. En contexte électoral, je le répète, le processus importe autant que le résultat : *Figueroa*, précité, par. 29. À la page 15 de son rapport, la Commission Lortie a souligné que « le droit de vote ne peut avoir de sens politique — et l'égalité électorale ne peut être assurée — que si le processus électoral lui-même est juste et équitable ». L'ouvrage précité ne parle pas non plus de l'effet de l'absence de toute limite applicable à la publicité faite par les tiers sur la confiance qu'ont les Canadiens dans leur régime électoral

must be enhanced if Canadians are to be fully confident that their democratic rights are secure" (Lortie Report, at p. 16). Among other things, integrity of the electoral process requires that political advertising is not perceived as manipulating voters.

Finally, *Letting the People Decide* does not address the reasonable possibility that unlimited advertising expenses could, in future elections, impact the outcome of the election. As A. Blais, one of the co-authors of *Letting the People Decide*, noted in evidence:

The findings of that study indicate that third-party advertising did not have an impact on the vote in one specific instance, the 1988 election. They do not allow us, however, to conclude that third-party advertising will never have an impact in Canadian elections.

The respondent alleges that evidence of the actual pernicious effect of the lack of spending limits in past elections is necessary to establish that the objective is important and that the measures are proportional to the infringement of the rights of third parties. Surely, Parliament does not have to wait for the feared harm to occur before it can enact measures to prevent the possibility of the harm occurring or to remedy the harm, should it occur. As noted earlier, this Court has concluded on several occasions that a reasoned apprehension of harm is sufficient.

As the lower courts' conclusions on the respective weight to be attributed to the Lortie Report and *Letting the People Decide* relate to social science evidence, they are entitled to little deference by this Court; see *RJR-MacDonald, supra*, at paras. 139-41. For the reasons stipulated above, the findings of the Lortie Commission can be relied upon to establish that third party advertising expense limits are a means to preserve electoral fairness and promote confidence in the integrity of the electoral system. Studies later published in the United States

démocratique. À cet égard, la Commission Lortie a estimé qu'« [i]l importe de renforcer la confiance du public dans l'intégrité du processus électoral [pour] que les Canadiens et Canadiennes soient pleinement convaincus que leurs droits démocratiques sont protégés » (Rapport Lortie, p. 17). Pour assurer l'intégrité du processus électoral, il faut notamment veiller à ce que la publicité politique ne soit pas perçue comme un outil de manipulation de l'électorat.

Enfin, l'ouvrage *Letting the People Decide* ne traite nullement de la possibilité raisonnable que, à l'occasion de futures élections, des dépenses publicitaires illimitées influent sur le résultat du scrutin. Comme l'a souligné dans son témoignage A. Blais, un des coauteurs de l'ouvrage *Letting the People Decide* :

[TRADUCTION] Les résultats de cette étude montrent que la publicité des tiers n'a pas influencé l'électorat à une occasion précise, soit l'élection de 1988. Il ne nous est cependant pas permis de conclure que la publicité faite par des tiers n'aura jamais d'influence sur les élections au Canada.

L'intimé prétend qu'il est nécessaire de faire la preuve d'effets pernicieux concrets résultant de l'absence de limitation des dépenses au cours d'élections antérieures pour démontrer l'importance de l'objectif et la proportionnalité des mesures par rapport à l'atteinte portée aux droits des tiers. Le Parlement n'est certes pas tenu d'attendre que le préjudice appréhendé se réalise avant d'adopter des mesures propres à le prévenir ou, le cas échéant, à y remédier. Comme je l'ai souligné plus tôt, notre Cour a à maintes reprises conclu qu'une appréhension raisonnée de préjudice suffisait.

Comme les conclusions des juridictions inférieures sur l'importance respective à accorder au Rapport Lortie et à l'ouvrage *Letting the People Decide* se rapportent à des éléments de preuve relevant des sciences sociales, elles commandent peu de déférence de la part de notre Cour; voir *RJR-MacDonald*, précité, par. 139-141. Pour les raisons déjà exposées, les constatations de la Commission Lortie permettent de conclure que le plafonnement des dépenses publicitaires faites par les tiers constitue un moyen de préserver l'équité électorale et

are also relevant in evaluating our own electoral system in a limited way. In the absence of third party advertising expense limits, electoral unfairness is a real possibility. To the extent that the lower courts in *Somerville, supra*, and *Pacific Press, supra*, gave no weight to the findings of the Lortie Report, they are wrong.

100 In my view, the findings of the Lortie Report can be relied upon in this appeal to determine whether the third party advertising limits are justified. Indeed, this Court has already provided significant guidance in its past jurisprudence on the importance of the following objectives based on the Lortie Report; see *Harvey, supra*; *Libman, supra*; and *Figueroa, supra*.

(i) To Promote Equality in the Political Discourse

101 As discussed, the central component of the egalitarian model is equality in the political discourse; see *Libman*, at para. 61. Equality in the political discourse promotes full political debate and is important in maintaining both the integrity of the electoral process and the fairness of election outcomes; see *Libman*, at para. 47. Such concerns are always pressing and substantial “in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society”; see *Harvey*, at para. 38.

(ii) To Protect the Integrity of the Financing Regime Applicable to Candidates and Parties

102 The primary mechanism by which the state promotes equality in the political discourse is through the electoral financing regime. The Court emphasized the importance of this regime in *Figueroa*, at para. 72:

The systems and regulations that govern the process by which governments are formed should not be easily compromised. Electoral financing is an integral component of that process, and thus it is of great importance that the integrity of the electoral financing regime be preserved.

de renforcer la confiance dans l'intégrité du système électoral. Des études américaines postérieures ont elles aussi une certaine pertinence pour évaluer notre propre régime électoral. Si les dépenses publicitaires des tiers ne sont assujetties à aucun plafond, l'iniquité en matière électorale devient une possibilité réelle. Dans la mesure où les tribunaux inférieurs qui ont décidé les affaires *Somerville* et *Pacific Press*, précités, n'ont accordé aucun poids aux conclusions du Rapport Lortie, ils ont eu tort.

À mon sens, les conclusions du Rapport Lortie peuvent être invoquées, dans le présent pourvoi, pour décider si les limites applicables aux dépenses publicitaires des tiers sont justifiées. De fait, dans des décisions antérieures, notre Cour a déjà donné d'importantes indications sur l'importance des objectifs suivants, sur le fondement du Rapport Lortie; voir *Harvey, Libman et Figueroa*, précités.

(i) Favoriser l'égalité dans le débat politique

Comme je l'ai expliqué précédemment, l'égalité dans le débat politique est l'élément central du modèle égalitaire; voir *Libman*, par. 61. Cette égalité contribue à la tenue de débats politiques approfondis, en plus d'être importante pour le maintien de l'intégrité du processus électoral et de l'équité du résultat du scrutin; voir *Libman*, par. 47. Ces préoccupations sont toujours urgentes et réelles dans « toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique »; voir *Harvey*, par. 38.

(ii) Préserver l'intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis

Le système de financement électoral est le mécanisme principal par lequel l'État favorise l'égalité dans le débat politique. La Cour a souligné en ces termes l'importance de ce système dans l'arrêt *Figueroa*, par. 72 :

Il ne faut pas que les mécanismes et les règles qui régissent le processus de formation des gouvernements soient trop vulnérables. Comme le financement électoral est un élément essentiel de ce processus, il est très important de protéger l'intégrité de ce régime.

Accordingly, protecting the integrity of spending limits applicable to candidates and parties is a pressing and substantial objective.

(iii) To Maintain Confidence in the Electoral Process

Maintaining confidence in the electoral process is essential to preserve the integrity of the electoral system which is the cornerstone of Canadian democracy. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136, Dickson C.J. concluded that faith in social and political institutions, which enhance the participation of individuals and groups in society, is of central importance in a free and democratic society. If Canadians lack confidence in the electoral system, they will be discouraged from participating in a meaningful way in the electoral process. More importantly, they will lack faith in their elected representatives. Confidence in the electoral process is, therefore, a pressing and substantial objective.

(d) *Rational Connection*

At this stage of the analysis, the Attorney General “must show a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic”; see *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 153. The lower courts erred by demanding too stringent a level of proof, in essence, by requiring the Attorney General to establish an empirical connection between third party spending limits and the objectives of s. 350. There is sufficient evidence establishing a rational connection between third party advertising expense limits and promoting equality in the political discourse, protecting the integrity of the financing regime applicable to candidates and parties, and maintaining confidence in the electoral process.

(i) To Promote Equality in the Political Discourse

To establish that third party advertising expense limits promote equality in the political discourse, the Attorney General must establish, first, that political

En conséquence, l’intégrité du régime de plafonnement des dépenses applicable aux candidats et aux partis est un objectif urgent et réel.

(iii) Maintenir la confiance dans le processus électoral

Le maintien de la confiance dans le processus électoral est essentiel pour préserver l’intégrité du système électoral, qui est la pierre angulaire de la démocratie au Canada. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, le juge en chef Dickson a conclu que la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société revêt une importance capitale dans une société libre et démocratique. Si les Canadiens ne croient pas en leur système électoral, ils seront dissuadés de participer utilement au processus électoral. Facteur plus important encore, ils ne feront plus confiance aux députés qu’ils ont élus. La confiance dans le processus électoral constitue donc un objectif urgent et réel.

d) *Lien rationnel*

À cette étape de l’analyse, le procureur général « doit établir un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l’avantage recherché »; voir *RJR-MacDonald*, précité, par. 153. Les juridictions inférieures ont commis une erreur en exigeant un degré de preuve trop élevé, c’est-à-dire essentiellement en requérant du procureur général qu’il établisse un lien empirique entre le plafonnement des dépenses des tiers et les objectifs visés par l’art. 350. Il existe suffisamment d’éléments de preuve établissant l’existence d’un lien rationnel entre le plafonnement des dépenses de publicité faites par les tiers et la défense de l’égalité dans le débat politique, la préservation de l’intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis et le maintien de la confiance dans le processus électoral.

(i) Favoriser l’égalité dans le débat politique

Pour démontrer que le plafonnement des dépenses de publicité des tiers favorise l’égalité dans le débat politique, le procureur général doit d’abord

103

104

105

advertising influences voters, and second, that in the absence of regulation some voices could dominate and, in effect, drown others out.

- 106 The majority of the Court of Appeal concluded, at para. 114, that the social science evidence of the impact of political advertising on voters was inconclusive. Professor Aucoin (in evidence) elucidated why there was a paucity of conclusive social science evidence:

[T]here is no *prima facie* reason, or evidence, for the claim that the advertising of third parties can never have its desired effect. It is advertising like all other advertising: sometimes it works, in the sense that it has its intended effects; sometimes it does not (as in having no effect, or having a negative or perverse effect). As with candidate and political party spending on advertising, there are other factors at work and certain conditions must exist for advertising to have its intended effect. Third parties cannot simply spend on advertising and always expect to have influence, anymore than candidates or parties can expect to “buy” elections.

That political advertising influences voters accords with logic and reason. Surely, political parties, candidates, interest groups and corporations for that matter would not spend a significant amount of money on advertising if it was ineffective. Indeed, advertising is the primary expenditure of candidates and political parties.

- 107 Where advertising influences the electorate, and those who have access to significant financial resources are able to purchase an unlimited amount of advertising, it follows that they will be able to dominate the electoral discourse to the detriment of others, both speakers and listeners. An upper limit on the amount that third parties can dedicate to political advertising curtails their ability to dominate the electoral debate. Thus, third party advertising expense limits are rationally connected to promoting equality in the political discourse.

établir que la publicité politique influence les électeurs et, ensuite, qu'en l'absence de réglementation certaines voix pourraient dominer le discours et, dans les faits, en étouffer d'autres.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu, au par. 114, que la preuve relevant des sciences sociales concernant l'effet de la publicité politique sur les électeurs n'était pas concluante. Dans son témoignage, le professeur Aucoin a expliqué en ces termes le peu de preuve concluante qui existe à cet égard :

[TRADUCTION] Il n'y a à première vue aucune raison ni aucune preuve appuyant la thèse selon laquelle la publicité faite par les tiers ne peut jamais produire les résultats escomptés. Il s'agit d'une forme de publicité comme toutes les autres : parfois elle fonctionne, en ce sens qu'elle produit les effets recherchés; parfois elle ne fonctionne pas (lorsqu'elle ne produit aucun effet ou lorsque les effets sont négatifs ou pervers). Tout comme dans le cas des dépenses publicitaires faites par les candidats et les partis politiques, d'autres facteurs entrent en ligne de compte et certaines conditions doivent être réunies pour que la publicité crée les effets voulu. Les tiers ne peuvent pas simplement faire des dépenses publicitaires et escompter avoir chaque fois de l'influence, pas plus que les candidats et les partis ne peuvent s'attendre à « acheter » les élections.

La conclusion selon laquelle la publicité politique influence les électeurs est conforme à la logique et la raison. Les partis politiques, les candidats, les groupes d'intérêt et, du reste, les entreprises ne dépenseraient certainement pas des sommes considérables en publicité si celle-ci était inefficace. De fait, la publicité constitue le principal poste de dépense des candidats et des partis politiques.

Si la publicité influence les électeurs et si les personnes disposant de ressources financières importantes sont autorisées à dépenser sans limite au titre de la publicité, il s'ensuit qu'elles pourront dominer le débat électoral au détriment d'autres personnes, tant des locuteurs que des auditeurs. Le fait de limiter la somme que les tiers peuvent consacrer à la publicité politique réduit leur capacité de dominer le débat électoral. Par conséquent, le plafonnement de dépenses publicitaires faites par les tiers est rationnellement lié à la défense de l'égalité dans le débat politique.

(ii) To Protect the Integrity of the Financing Regime Applicable to Candidates and Parties

Third party advertising can directly support a particular candidate or political party. Third party advertising can also indirectly support a candidate or political party by taking a position on an issue associated with that candidate or political party. In effect, third party advertising can create an imbalance between the financial resources of each candidate or political party; see *Libman, supra*, at para. 44. For candidate and political party spending limits to be truly effective, the advertising expenses of third parties must also be limited. Indeed, the Lortie Commission concluded that the electoral financing regime would be destroyed if third party advertising was not limited concomitantly with candidate and political party spending (*Berger J.A.*, dissenting, at para. 261). The Commission explained, at p. 327 of the Lortie Report:

If individuals or groups were permitted to run parallel campaigns augmenting the spending of certain candidates or parties, those candidates or parties would have an unfair advantage over others not similarly supported. At the same time, candidates or parties who were the target of spending by individuals or groups opposed to their election would be put at a disadvantage compared with those who were not targeted. Should such activity become widespread, the purpose of the legislation would be destroyed, the reasonably equal opportunity the legislation seeks to establish would vanish, and the overall goal of restricting the role of money in unfairly influencing election outcomes would be defeated.

Thus, limiting third party advertising expenses is rationally connected with preserving the integrity of the financing regime set for candidates and parties.

(iii) To Maintain Confidence in the Electoral Process

Limits on third party advertising expenses foster confidence in the electoral process in three ways. The limits address the perception that candidates and political parties can circumvent their spending limits through the creation of special

(ii) Préserver l'intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis

La publicité faite par les tiers peut appuyer directement un candidat ou un parti politique. Elle peut également soutenir indirectement un candidat ou un parti politique en prenant position sur une question associée à ce candidat ou à ce parti. De fait, elle peut créer un déséquilibre entre les ressources financières de chaque candidat ou parti politique; voir *Libman*, précité, par. 44. Pour que les limites applicables aux candidats et aux partis politiques au titre des dépenses soient vraiment efficaces, les dépenses publicitaires des tiers doivent elles aussi être assorties de limites. De fait, la Commission Lortie a conclu que le régime de financement électoral serait réduit à néant si la publicité des tiers n'était pas limitée comme le sont les dépenses des candidats et des partis politiques (motifs dissidents du juge Berger, par. 261). La Commission Lortie a donné les explications suivantes, à la p. 339 de son rapport :

En effet, si l'on permettait à des individus ou à des groupes de livrer des campagnes parallèles favorisant certains candidats ou partis, ces derniers jouiraient d'un avantage injuste sur leurs adversaires. De même, les candidats ou les partis qui seraient la cible des dépenses d'individus ou de groupes opposés à leur élection seraient désavantagés par rapport aux autres. Si de telles activités devaient se répandre, elles réduiraient à néant l'effet de la législation, l'égalité des chances qu'elle s'efforce d'instaurer disparaîtrait et l'objectif général de restreindre le rôle de l'argent dans les élections resterait hors d'atteinte.

La limitation des dépenses de publicité des tiers est en conséquence rationnellement liée à la préservation de l'intégrité du régime de financement applicable aux candidats et aux partis.

(iii) Maintenir la confiance dans le processus électoral

Les limites applicables aux dépenses de publicité des tiers favorisent la confiance dans le processus électoral de trois façons. Ces limites éliminent l'impression selon laquelle les candidats et les partis politiques peuvent contourner les plafonds

interest groups. The limits also prevent the possibility that the wealthy can dominate the electoral discourse and dictate the outcome of elections. Finally, the limits assist in preventing overall advertising expenses from escalating. Thus, third party advertising expense limits advance the perception that access to the electoral discourse does not require wealth to be competitive with other electoral participants. Canadians, in turn, perceive the electoral process as substantively fair as it provides for a reasonable degree of equality between citizens who wish to participate in that process.

(e) *Minimal Impairment*

110 To be reasonable and demonstrably justified, the impugned measures must impair the infringed right or freedom as little as possible. The oft-cited quote from *RJR-MacDonald, supra*, at para. 160, sets out the appropriate standard:

The impairment must be “minimal”, that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement.

Thus, the impugned measures need not be the least impairing option.

111 The contextual factors speak to the degree of deference to be accorded to the particular means chosen by Parliament to implement a legislative purpose; see *Thomson Newspapers, supra*, at para. 111. In this case, the contextual factors indicate that the Court should afford deference to the balance Parliament has struck between political expression and meaningful participation in the electoral process. As Berger J.A. in dissent aptly noted, at para. 268, “[t]he Court should not substitute judicial opinion for legislative choice in the face of a genuine and reasonable attempt to balance the fundamental value

auxquels ils sont eux-mêmes assujettis en créant des groupes d'intérêts particuliers. Elles écartent également la possibilité que les nantis dominent le débat électoral et déterminent l'issue du scrutin. Enfin, elles aident à prévenir l'escalade des dépenses publicitaires en général. Ainsi, le plafonnement des dépenses de publicité faites par les tiers renforce l'idée qu'il n'est pas besoin d'être riche pour pouvoir rivaliser avec les autres participants au débat électoral. Le processus électoral sera à son tour perçu par les Canadiens comme substantiellement équitable, du fait qu'il permet un degré raisonnable d'égalité entre les citoyens désireux d'y prendre part.

e) *Atteinte minimale*

Pour être jugées raisonnables et justifiées, les mesures contestées doivent porter le moins possible atteinte à la liberté ou au droit violé. L'extrait souvent cité de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, par. 160, énonce le critère applicable à cet égard :

La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation.

Par conséquent, il n'est pas nécessaire que les mesures contestées représentent la solution la moins attentatoire.

Les facteurs contextuels concernent le degré de déférence dont il faut faire montre à l'égard des moyens particuliers choisis par le Parlement pour réaliser un objectif législatif : *Thomson Newspapers*, précité, par. 111. En l'espèce, il ressort des facteurs contextuels que la Cour doit témoigner de la déférence à l'égard de l'équilibre établi par le Parlement entre l'expression politique et la participation utile au processus électoral. Comme l'a judicieusement fait remarquer le juge Berger dans ses motifs de dissidence, au par. 268, [TRADUCTION] « [la] Cour ne devrait pas substituer son opinion au

of freedom of expression against the need for fairness in the electoral process".

The Chief Justice and Major J. assert that short of spending well over \$150,000 nationally and \$3,000 in a given electoral district, citizens cannot effectively communicate their views on election issues to their fellow citizens (para. 9). Respectfully, this ignores the fact that third party advertising is not restricted prior to the commencement of the election period. Outside this time, the limits on third party intervention in political life do not exist. Any group or individual may freely spend money or advertise to make its views known or to persuade others. In fact, many of these groups are not formed for the purpose of an election but are already organized and have a continued presence, mandate and political view which they promote. Many groups and individuals will reinforce their message during an electoral campaign.

The nature of Canada's political system must be considered when deciding whether individuals and groups who engage in election advertising will be affected unduly by the limits set out in s. 350. First, as the Court discussed in *Figueroa*, there are few obstacles for individuals to join existing political parties or to create their own parties to facilitate individual participation in elections. Still, some will participate outside the party affiliations; this explains why the existence of multiple organizations and parties of varying sizes requires Parliament to balance their participation during the election period. Further, the reality in Canada is that regardless of the spending limits in the Act, the vast majority of Canadian citizens simply cannot spend \$150,000 nationally or \$3,000 in a given electoral district. What prevents most citizens from effectively exercising their right of political free speech as defined by the Chief Justice and Major J. is a lack of means, not legislative restrictions. Contrary to what the Chief Justice and Major J. say at

choix du législateur, qui a réellement et raisonnablement tenté d'établir l'équilibre entre le droit fondamental qu'est la liberté d'expression et la nécessité d'assurer l'équité du processus électoral ».

La Juge en chef et le juge Major affirment que les citoyens ne peuvent communiquer effectivement à leurs concitoyens leurs vues sur les enjeux électoraux à moins de dépenser des sommes bien supérieures à 150 000 \$ à l'échelle nationale et à 3 000 \$ dans une circonscription électorale donnée (par. 9). En toute déférence, cette affirmation ne tient pas compte du fait qu'aucune restriction ne s'applique à la publicité faite par les tiers avant le début de la période électorale. En dehors de cette période, les limites à l'intervention des tiers dans la vie politique n'existent pas. Tout individu ou groupe peut dépenser ou annoncer librement pour faire connaître ses vues ou pour convaincre autrui. En fait, de nombreux groupes de ce genre ne sont pas formés pour une élection donnée, mais ils sont déjà organisés et existent en permanence, poursuivant un mandat et faisant la promotion d'une opinion politique. Bon nombre de groupes et d'individus ne font que communiquer leur message avec plus de force durant les campagnes électorales.

Il faut aussi tenir compte de la nature du système politique canadien pour décider si les individus et groupes faisant de la politique électorale subiront un préjudice excessif en raison des limites prescrites par l'art. 350. Premièrement, comme l'a expliqué notre Cour dans l'arrêt *Figueroa*, peu d'obstacles empêchent des individus de joindre les rangs d'un parti politique existant ou de créer leur propre parti pour faciliter la participation individuelle aux élections. Malgré cela, il y a quand même des gens qui participent au processus électoral sans être rattachés à un parti. Ce phénomène explique pourquoi l'existence de multiples partis et organisations de toutes les tailles oblige le Parlement à équilibrer leur participation. En outre, au Canada la réalité est que, indépendamment des plafonds de dépenses prévus par la Loi, la vaste majorité des citoyens canadiens n'ont tout simplement pas les moyens de dépenser 150 000 \$ à l'échelle nationale ou 3 000 \$ dans une circonscription électorale donnée. Le manque de ressources financières, et non les limites prescrites

112

113

para. 44, I do not suggest that since the breach of s. 2(b) only affects a few people, it is therefore justifiable. As discussed, the objective is to ensure the political discourse is not dominated by those who have greater resources. The proper focus is on protecting the right to meaningful participation of the entire electorate. Let me now examine in more detail how this is achieved.

par la Loi, empêche la plupart des citoyens d'exercer effectivement leur droit à la liberté d'expression politique au sens où ce droit est défini par la Juge en chef et le juge Major. Contrairement à ce qu'affirment ces derniers au par. 44, je ne suggère pas par là que, comme la violation de l'al. 2b) ne touche qu'un nombre restreint de personnes, elle est en conséquence justifiable. Comme il a été expliqué plus tôt, l'objectif consiste à faire en sorte que le débat politique ne soit pas dominé par ceux qui disposent des ressources les plus considérables. Il faut s'attacher à protéger le droit de l'ensemble des électeurs de participer utilement au processus électoral. Examinons maintenant plus en détail comment le législateur réalise cet objectif.

¹¹⁴ Section 350 minimally impairs the right to free expression. The definition of "election advertising" in s. 319 only applies to advertising that is associated with a candidate or party. Where an issue is not associated with a candidate or political party, third parties may partake in an unlimited advertising campaign.

¹¹⁵ The \$3,000 limit per electoral district and \$150,000 national limit allow for meaningful participation in the electoral process while respecting the right to free expression. Why? First, because the limits established in s. 350 allow third parties to advertise in a limited way in some expensive forms of media such as television, newspaper and radio. But, more importantly, the limits are high enough to allow third parties to engage in a significant amount of low cost forms of advertising such as computer generated posters or leaflets or the creation of a 1-800 number. In addition, the definition of "election advertising" in s. 319 does not apply to many forms of communication such as editorials, debates, speeches, interviews, columns, letters, commentary, the news and the Internet which constitute highly effective means of conveying information. Thus, as the trial judge concluded, at para. 78, the limits allow for "modest, national, informational campaigns and reasonable electoral district informational campaigns".

L'article 350 porte atteinte de façon minimale au droit à la liberté d'expression. La définition de « publicité électorale » contenue à l'art. 319 ne vise que la publicité associée à un candidat ou à un parti. Si une question n'est pas associée à un candidat ou à un parti politique, les tiers peuvent se livrer à une campagne de publicité illimitée.

Les plafonds de 3 000 \$ par circonscription électorale et de 150 000 \$ à l'échelle nationale permettent une participation utile au processus électoral tout en respectant le droit à la liberté d'expression. Comment? Premièrement, ces plafonds permettent aux tiers de faire, de façon limitée, de la publicité par l'entremise de certains médias dispendieux tels la télévision, les journaux et la radio. Toutefois, facteur plus important encore, ces plafonds sont suffisamment élevés pour leur permettre de recourir à des formes de publicité peu coûteuses, par exemple affiches ou brochures générées par ordinateur, ligne sans frais (1-800). De plus, de nombreuses formes de communication ne sont pas visées par la définition de « publicité électorale » à l'art. 319, notamment les éditoriaux, les débats, les discours, les nouvelles, les entrevues, les chroniques, les commentaires ou les lettres, ainsi que l'Internet, qui constitue un moyen extrêmement efficace de diffusion de l'information. Ainsi, comme a conclu le juge de première instance, au par. 78, ce plafonnement permet la tenue de [TRADUCTION] « campagnes d'information modestes à l'échelle nationale et de campagnes d'information raisonnables à l'échelle de la circonscription ».

Second, the limits set out in s. 350 are justifiably lower than the candidate and political party advertising limits, as recommended by the Lortie Commission. As this Court explained in *Libman, supra*, at paras. 49-50, the third party limit must be low enough to ensure that a particular candidate who is targeted by a third party has sufficient resources to respond. It cannot be forgotten that small political parties, who play an equally important role in the electoral process, may be easily overwhelmed by a third party having access to significant financial resources. The limits must also account for the fact that third parties generally have lower overall expenses than candidates and political parties. The limits must also appreciate that third parties tend to focus on one issue and may therefore achieve their objective less expensively. Thus, the limits seek to preserve a balance between the resources available to candidates and parties taking part in an election and those resources that might be available to third parties during this period. Professor Fletcher confirmed (in evidence) that the limits set out in s. 350 achieve this goal.

The Chief Justice and Major J. rely on the higher ratio of advertising spending limits for citizens to political parties in Britain as compared to Canada as evidence that the Canadian spending limits are too low (para. 8). In my view, this comparison is inappropriate. The British provisions apply to different categories of advertising and apply over different time periods.

Certainly, one can conceive of less impairing limits. Indeed, any limit greater than \$150,000 would be less impairing. Nevertheless, s. 350 satisfies this stage of the *Oakes* analysis. The limits allow third parties to inform the electorate of their message in a manner that will not overwhelm candidates, political parties or other third parties. The limits preclude the voices of the wealthy from dominating the political discourse, thereby allowing more voices to be heard. The limits allow for meaningful participation in the electoral process and encourage

Deuxièmement, les limites établies à l'art. 350 sont à juste titre inférieures à celles applicables aux candidats et aux partis politiques, comme le recommandait la Commission Lortie. Comme l'a expliqué notre Cour dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 49-50, la limite applicable aux tiers doit être suffisamment basse pour faire en sorte que le candidat ciblé par un tiers dispose de ressources suffisantes pour être en mesure de répliquer. Il ne faut pas oublier la facilité avec laquelle les petits partis politiques — qui jouent un rôle aussi important que les autres partis dans le processus électoral — peuvent être écrasés par des tiers disposant d'importantes ressources financières. Les limites doivent également être fixées en tenant compte du fait que les dépenses globales des tiers sont généralement moins élevées que celles des candidats et des partis politiques, et du fait que les tiers tendent à se concentrer sur une seule question et qu'ils peuvent ainsi atteindre leur objectif à moindre coût. Par conséquent, les limites visent à maintenir l'équilibre entre les ressources dont disposent les partis et candidats aux élections et celles dont peuvent disposer les tiers durant cette période. Dans son témoignage, le professeur Fletcher a confirmé que les plafonds prévus à l'art. 350 permettent de réaliser cet objectif.

Comme élément de preuve tendant à établir que les plafonds de dépenses sont trop bas au Canada, la Juge en chef et le juge Major invoquent le fait qu'en Grande-Bretagne le ratio des dépenses des citoyens par rapport à celles des partis politiques est plus élevé qu'au Canada (par. 8). Selon moi, cette comparaison est inappropriée. Les dispositions anglaises s'appliquent à des catégories de dépenses différentes et couvrent des périodes différentes.

Il est certes possible d'imaginer des limites qui seraient moins attentatoires. De fait, toute limite supérieure à 150 000 \$ serait moins attentatoire. Néanmoins, l'article 350 satisfait au présent volet de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes*. Les plafonds de dépenses donnent aux tiers la possibilité de communiquer leur message aux électeurs sans écraser les candidats, les partis politiques ou d'autres tiers. Ils empêchent les voix des nantis de dominer le débat politique, permettant ainsi à plus de voix de se faire entendre. Ils permettent une participation utile au

116

117

118

informed voting. The limits promote a free and democratic society.

(f) *Proportionality*

119 The final stage of the *Oakes* analysis requires the Court to weigh the deleterious effects against the salutary effects.

120 Section 350 has several salutary effects. It enhances equality in the political discourse. By ensuring that affluent groups or individuals do not dominate the political discourse, s. 350 promotes the political expression of those who are less affluent or less capable of obtaining access to significant financial resources and ensures that candidates and political parties who are subject to spending limits are not overwhelmed by third party advertising. Section 350 also protects the integrity of the candidate and political party spending limits by ensuring that these limits are not circumvented through the creation of phony third parties. Finally, s. 350 promotes fairness and accessibility in the electoral system and consequently increases Canadians' confidence in it.

121 The deleterious effect of s. 350 is that the spending limits do not allow third parties to engage in unlimited political expression. That is, third parties are permitted to engage in informational but not necessarily persuasive campaigns, especially when acting alone. When weighed against the salutary effects of the legislation, the limits must be upheld. As the Court explained in *Libman, supra*, at para. 84:

[P]rotecting the fairness of referendum campaigns is a laudable objective that will necessarily involve certain restrictions on freedom of expression. Freedom of political expression, so dear to our democratic tradition, would lose much value if it could only be exercised in a context in which the economic power of the most affluent members of society constituted the ultimate guidepost of our political choices. Nor would it be much better served by a

processus électoral et favorisent un vote éclairé. Ils soutiennent l'existence d'une société libre et démocratique.

f) *La proportionnalité*

À la dernière étape de l'analyse fondée sur larrêt *Oakes*, la Cour doit soupeser les effets préjudiciables et les effets bénéfiques des mesures contestées.

L'article 350 produit plusieurs effets bénéfiques. Il renforce l'égalité dans le débat politique. En empêchant les bien nantis — individus ou groupes — de dominer le débat politique, l'art. 350 favorise l'expression politique des personnes qui sont moins fortunées ou moins capables d'avoir accès à d'importantes ressources financières, et il fait en sorte que les candidats et les partis politiques, qui sont assujettis à leurs propres plafonds de dépenses, ne soient pas écrasés sous le poids de la publicité des tiers. L'article 350 protège également l'intégrité du régime de plafonnement des dépenses des candidats et des partis en empêchant qu'on élude les limites par la création de tiers « bidons ». Enfin, l'article 350 favorise l'accès au système électoral et l'équité de celui-ci, et, partant, il accroît la confiance des Canadiens dans ce système.

L'effet préjudiciable de l'art. 350 est que les plafonds de dépenses qu'il prescrit ne permettent pas aux tiers d'exercer de façon illimitée leur liberté d'expression politique. Autrement dit, les tiers sont autorisés à mener des campagnes informatives mais pas nécessairement persuasives, particulièrement s'ils agissent seuls. La pondération de cet effet préjudiciable des mesures législatives et de leurs effets bénéfiques amène nécessairement à conclure au maintien des plafonds de dépenses. Comme l'a expliqué notre Cour dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 84 :

[L]a protection du caractère juste et équitable des campagnes référendaires est un objectif louable qui impliquera nécessairement certaines restrictions à la liberté d'expression. La liberté d'expression politique si chère à notre tradition démocratique perdrait beaucoup de valeur si elle ne pouvait s'exercer que dans un contexte où le pouvoir économique des éléments les mieux nantis de la société constituerait l'ultime jalon de nos choix politiques. Elle

system that undermined the confidence of citizens in the referendum process. [First emphasis in original; second emphasis added.]

Accordingly, s. 350 should be upheld as a demonstrably justified limit in a free and democratic society.

D. *Section 351: Splitting and Collusion*

The respondent alleges that s. 351 infringes the right to free expression, the right to vote and the right to free association. For convenience, I reproduce s. 351:

351. A third party shall not circumvent, or attempt to circumvent, a limit set out in section 350 in any manner, including by splitting itself into two or more third parties for the purpose of circumventing the limit or acting in collusion with another third party so that their combined election advertising expenses exceed the limit.

The primary purpose of s. 351 is to preserve the integrity of the advertising expense limits established under s. 350. Thus, s. 351 is more properly viewed as ancillary to s. 350.

(1) Freedom of Expression

Section 351 does not infringe the right to free expression in purpose or effect.

(2) The Right to Vote

Section 351 does not violate the right to vote. There is no evidence indicating that the splitting and collusion rules infringe on the right to meaningfully participate in elections. Indeed, the provision enhances the right to vote by enforcing the third party advertising expense limits.

(3) Freedom of Association

The splitting and collusion provision does not violate s. 2(d) of the *Charter*. Section 2(d) will be infringed where the State precludes activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals; see *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 CSC 94, at para. 16. It is only the associational aspect of the activity, not the activity itself, which is

ne serait guère mieux servie par un régime qui minerait la confiance des citoyens dans le processus référendaire. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

Étant donné que l'art. 350 constitue une limite justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, sa validité doit en conséquence être confirmée.

D. *Article 351 : division et collusion*

L'intimé plaide que l'art. 351 viole le droit à la liberté d'expression, le droit de vote et le droit à la liberté d'association. Par souci de commodité, je vais reproduire le texte de l'art. 351 :

351. Il est interdit à un tiers d'esquiver ou de tenter d'esquiver les plafonds prévus par l'article 350, notamment en se divisant en plusieurs tiers ou en agissant de concert avec un autre tiers de sorte que la valeur totale de leurs dépenses de publicité électorale dépasse les plafonds fixés à cet article.

L'article 351 vise d'abord et avant tout à préserver l'intégrité du régime de plafonnement des dépenses établi par l'art. 350. En ce sens, il doit être considéré comme accessoire à l'art. 350.

(1) La liberté d'expression

L'article 351 ne contrevient pas au droit à la liberté d'expression, ni de par son objet ni de par son effet.

(2) Le droit de vote

L'article 351 ne contrevient pas au droit de vote. Rien n'indique que les règles relatives à la division ou à la collusion portent atteinte au droit de participer utilement aux élections. Au contraire, cet article renforce le droit de vote en imposant des limites aux dépenses publicitaires faites par les tiers.

(3) La liberté d'association

La disposition interdisant la division et la collusion ne contrevient pas à l'al. 2d) de la *Charte*. Il y a contravention à l'al. 2d) lorsque l'État empêche l'activité en raison de sa nature associative et décourage ainsi la poursuite collective d'objectifs communs; voir *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, par. 16. La liberté d'association ne protège que l'aspect

122

123

124

125

protected; see *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 104.

126 Section 351 does not prevent individuals from joining to form an association in the pursuit of a collective goal. Rather, s. 351 precludes an individual or group from undertaking an activity, namely circumventing the third party election advertising limits set out in s. 350.

127 The trial judge relied on the Court's finding that s. 2(d) was infringed in *Libman* to conclude that s. 351 also infringed s. 2(d). This is an inappropriate comparison. The referenda legislation in *Libman* effectively forced individuals to associate with an affiliated or national committee to incur regulated expenses. As discussed, this is not the case here. Section 351 exists only as a mechanism to enforce s. 350.

E. Section 323: Advertising Blackout

128 Section 323 prohibits anyone from knowingly transmitting election advertising on polling day before the closing of all the polling stations in the electoral district. The prohibition applies for approximately 20 hours (Cairns J., at para. 133), and does not apply to the media (Cairns J., at para. 134).

(1) Freedom of Expression

129 The appellant concedes that s. 323 infringes the right to free expression by prohibiting third parties from advertising on polling day.

(2) The Right to Vote

130 Section 323, like s. 350, engages the informational component of the right to vote. As discussed, the right to meaningful participation in the electoral process includes a citizen's right to exercise his or her vote in an informed manner. Section 323 does not infringe s. 3 of the *Charter* as it does not have an adverse impact on the information available to voters. The ban is of short duration, lasting only

collectif de l'activité, non pas l'activité elle-même : *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 104.

L'article 351 n'empêche pas des personnes de s'associer dans la poursuite d'un but commun. Il interdit plutôt aux personnes ou groupes de se livrer à une activité donnée, c'est-à-dire esquiver les plafonds fixés à l'art. 350 à l'égard des dépenses de publicité électorale des tiers.

Le juge de première instance a invoqué la conclusion de la Cour dans *Libman* selon laquelle il y avait atteinte à l'al. 2d) pour déclarer que l'art. 351 portait lui aussi atteinte à cette disposition. Cette comparaison n'était pas appropriée. La loi référendaire en litige dans *Libman* obligeait dans les faits les intéressés à s'associer à un comité national ou affilié pour faire des dépenses réglementées. Comme il a été indiqué plus tôt, ce n'est pas le cas en l'espèce. L'article 351 se veut seulement un mécanisme d'application de l'art. 350.

E. Article 323 : l'interdiction frappant la publicité

L'article 323 interdit à quiconque de sciemment diffuser de la publicité électorale dans une circonscription le jour du scrutin, avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin de la circonscription. L'interdiction s'applique pendant environ 20 heures (le juge Cairns, par. 133) et ne vise pas les médias (le juge Cairns, par. 134).

(1) La liberté d'expression

L'appelant concède que l'art. 323 enfreint le droit à la liberté d'expression en interdisant aux tiers de diffuser de la publicité le jour du scrutin.

(2) Le droit de vote

Tout comme l'art. 350, l'art. 323 concerne l'aspect informationnel du droit de vote. Comme je l'ai souligné précédemment, le droit des citoyens de participer utilement au processus électoral emporte celui de pouvoir exercer leur droit de vote de manière éclairée. L'article 323 ne contrevient pas à l'art. 3 de la *Charte*, puisqu'il n'a aucun effet préjudiciable à l'égard de l'information diffusée à

20 hours. Further, the ban does not extend to media organizations. The ban only forecloses advertising from third parties, candidates or political parties. As the trial judge aptly concluded, at para. 134:

If there is information that voters must have in the time immediately preceding polling day, it can most likely be obtained through the media, who are not covered by the ban. It is difficult to envision that the ban could lead to a deprivation of information such that a voter could not cast a rational and informed ballot.

Accordingly, there is no infringement of the right to vote.

(3) The Section 1 Justification Applicable to the Infringement of Freedom of Expression

The provision infringing the right to free expression can be saved under s. 1.

The advertising blackout provision seeks to advance two objectives. First, it seeks to provide commentators and others with an opportunity to respond to any potentially misleading election advertising (Cairns J., at para. 303). To the extent that voters may be misled by third party advertising, this is a pressing and substantial objective. Berger J.A., in dissent, identified a second pressing and substantial objective (para. 283). The blackout rule ensures that electors in different parts of the country have access to the same information before they go to the polls.

The blackout period is rationally connected to preventing voters from relying on inaccurate information. It provides a period within which misleading advertising may be assessed, criticized and possibly corrected. This achieves a broader objective, discussed throughout: informed voting. The blackout period is also rationally connected to ensuring that all voters receive the same information where possible. The blackout period would preclude

l'électorat. L'interdiction est de courte durée, soit seulement 20 heures. De plus, elle ne s'applique pas aux médias. Elle n'exclut que la publicité émanant des tiers, des candidats et des partis politiques. Comme a à juste titre conclu le juge de première instance, au par. 134 :

[TRADUCTION] S'il y a des renseignements dont les électeurs doivent disposer durant la période précédant le jour du scrutin, ces renseignements peuvent vraisemblablement être obtenus par l'entremise des médias, lesquels ne sont pas visés par l'interdiction. Il est difficile d'imaginer que l'interdiction puisse avoir pour effet de priver les électeurs de renseignements qui les empêcheraient de voter de façon rationnelle et éclairée.

En conséquence, aucune atteinte n'a été portée au droit de vote.

(3) La justification de l'atteinte à la liberté d'expression en vertu de l'article premier

La validité de la disposition portant atteinte au droit à la liberté d'expression peut être sauvegardée par application de l'article premier.

131

La disposition établissant l'interdiction de publicité vise deux objectifs. Tout d'abord, elle donne aux commentateurs et à d'autres personnes l'occasion de réagir à toute publicité électorale potentiellement trompeuse (juge Cairns, par. 303). Dans la mesure où il est possible que les électeurs soient induits en erreur par des messages publicitaires émanant de tiers, il s'agit d'un objectif urgent et réel. Dans ses motifs de dissidence, le juge Berger de la Cour d'appel a relevé un second objectif urgent et réel (par. 283). L'application de la période d'interdiction de publicité fait en sorte que les électeurs de tous les coins du pays disposent des mêmes renseignements avant de se rendre aux urnes.

132

Il existe un lien rationnel entre la période d'interdiction de publicité et l'objectif consistant à éviter que les électeurs ne se fient à des renseignements inexacts. En effet, il est possible durant cette période de relever, critiquer et possiblement corriger toute publicité trompeuse. Cette mesure contribue à la réalisation d'un objectif plus large, dont il a été question tout au long des présents motifs : le vote éclairé. De plus, la période d'interdiction de

133

an election advertisement appearing in Western Canada after the polls had closed in Eastern Canada.

134 The blackout period is approximately 20 hours in duration in a 36-day campaign period. It only applies to advertising. The trial judge was correct to conclude that the provision is minimally impairing.

135 There is no evidence that the blackout period has had any deleterious effects. Accordingly, the infringement of freedom of expression in s. 323 is demonstrably justified in a free and democratic society.

F. *Sections 352 to 357, 359, 360 and 362: Attribution, Registration and Disclosure*

136 The attribution, registration and disclosure provisions set out several requirements that third parties must meet under certain circumstances. All third parties must identify themselves in any election advertising (s. 352). Third parties who spend \$500 or more on election advertising must appoint a financial agent and register with the Chief Electoral Officer (ss. 353 and 354). The financial agent must accept all contributions made during an election period to a third party, and must incur all advertising expenses on behalf of the third party (s. 357). The Chief Electoral Officer must maintain and publish a registry of third parties (ss. 356 and 362). Third parties that spend \$5,000 or more must appoint an auditor (s. 355). All third parties that spend \$500 or more must file an election advertising report to the Chief Electoral Officer (ss. 359 and 360). The election advertising report must include the time and place of the broadcast or publication of the advertisement and the expenses associated with them; the amount of contributions for election advertising purposes received in the period beginning six months before the issue of the writ and ending on polling day; the name, address and class of each contributor who contributes \$200 or more; and the amount paid

publicité est rationnellement liée au souci de mettre les mêmes renseignements à la disposition de tous les électeurs, lorsque la chose est possible. Ainsi, cette période aurait pour effet d'empêcher la diffusion d'une publicité électorale dans l'Ouest du Canada après la fermeture des bureaux de scrutin dans l'Est du pays.

Au cours d'une campagne électorale de 36 jours, la publicité est interdite pendant une période d'environ 20 heures. De surcroît, l'interdiction vise seulement la publicité. Le juge de première instance a eu raison de conclure que la disposition ne portait qu'une atteinte minimale.

Il n'y a aucune preuve indiquant que la période d'interdiction de publicité ait eu des effets préjudiciables. Par conséquent, l'atteinte causée à la liberté d'expression par l'art. 323 est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

F. *Articles 352 à 357, 359, 360 et 362 : attribution, enregistrement et divulgation*

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation établissent plusieurs conditions que doivent remplir les tiers dans certaines circonstances. Ces derniers doivent mentionner leur nom dans toute publicité électorale (art. 352). Dès qu'un tiers a engagé des dépenses de publicité électorale de 500 \$, il doit nommer un agent financier et s'enregistrer auprès du directeur général des élections (art. 353-354). C'est l'agent financier qui doit accepter toutes les contributions faites aux tiers au cours de la période électorale et engager toutes les dépenses de publicité pour leur compte (art. 357). Le directeur général des élections doit tenir et publier un registre des tiers (art. 356 et 362). Les tiers qui engagent des dépenses de publicité électorale de 5 000 \$ ou plus doivent nommer un vérificateur (art. 355). Les tiers qui dépensent 500 \$ ou plus doivent soumettre au directeur général des élections un rapport des dépenses de publicité électorale (art. 359-360). Ce rapport doit notamment faire état des renseignements suivants : date et lieu de publication des annonces ainsi que des dépenses qui y sont associées; montant des contributions destinées à la publicité électorale reçues dans les six mois précédant la délivrance du bref et pendant la

out of the third party's own funds for election advertising expenses (s. 359). The Chief Electoral Officer, in turn, must publish the names and addresses of registered third parties and the election advertising reports within one year after the issue of the writ (s. 362).

The respondent challenges the various sections of the attribution, registration and disclosure provisions under ss. 2(b), 2(d) and 3 of the *Charter*. The attribution, registration and disclosure provisions are interdependent. Thus, their constitutionality must be determined together.

(1) Freedom of Expression

The attribution, registration and disclosure provisions infringe s. 2(b) as they have the effect of limiting free expression. Even where the purpose of the impugned measure is not to control or restrict attempts to convey a meaning, the effect of the government action may restrict free expression; see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976.

As discussed, the attribution, registration and disclosure provisions require third parties to provide information to the Chief Electoral Officer. Where a third party fails to provide this information, they are guilty of a strict liability offence under s. 496 and are subject to a fine, imprisonment or any other additional measure that the court considers appropriate to ensure compliance with the Act (ss. 500-501). In this way, the attribution, registration and disclosure obligations have the effect of restricting the political expression of those who do not comply with the scheme.

(2) The Right to Vote

The attribution, registration and disclosure provisions do not infringe s. 3 of the *Charter*. As discussed, s. 3 protects the right to meaningfully participate in the electoral process which includes the

période électorale; nom, adresse et catégorie de chaque donneur contribuant 200 \$ ou plus; montant des dépenses de publicité électorale que le tiers a faites sur ses propres fonds (art. 359). Le directeur général des élections doit à son tour publier les nom et adresse des tiers enregistrés, ainsi que les rapports des dépenses de publicité électorale dans l'année qui suit la délivrance des brefs (art. 362).

L'intimé conteste les diverses dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation en invoquant les al. 2b) et d) ainsi que l'art. 3 de la *Charte*. Ces dispositions étant interdépendantes, leur constitutionnalité doit être déterminée globalement.

(1) La liberté d'expression

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation violent l'al. 2b), puisqu'elles ont pour effet de restreindre la liberté d'expression. Même lorsque le but de la mesure contestée n'est pas de contrôler ou restreindre la communication d'un message, l'action du gouvernement peut avoir pour effet de restreindre la liberté d'expression; voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976.

Comme il a été expliqué plus tôt, les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation obligent les tiers à communiquer certains renseignements au directeur général des élections. Le tiers qui ne communique pas l'information requise commet l'infraction de responsabilité stricte prévue à l'art. 496 et est passible d'une amende, d'une période d'emprisonnement ou de toute autre mesure que le tribunal estime appropriée pour veiller au respect de la Loi (art. 500-501). En ce sens, les obligations en matière d'attribution, d'enregistrement et de divulgation ont pour effet de restreindre l'expression politique de ceux qui ne se conforment pas au régime.

(2) Le droit de vote

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation ne violent pas l'art. 3 de la *Charte*. Comme il a été expliqué précédemment, l'art. 3 protège le droit de participer utilement

137

138

139

140

right to an informed vote. As Professor Aucoin explained in evidence:

[The attribution, registration and disclosure provisions] advance the objective of an informed vote, an important objective in its own right. Transparency, in short, advances an informed vote. Secrecy does not. With disclosure, voters are made aware of who contributes and who spends in the electoral process and thus who stands behind electoral communications.

Thus, these provisions enhance the right to vote under s. 3.

(3) Freedom of Association

141 The respondent has not provided sufficient argument or evidence to establish that ss. 356, 357(3), 359 or 362 infringe s. 2(d) of the *Charter*.

(4) The Section 1 Justification Applicable to the Infringement of Freedom of Expression

142 The attribution, registration and disclosure provisions advance two objectives: first, the proper implementation and enforcement of the third party election advertising limits; second, to provide voters with relevant election information. As discussed, the former is a pressing and substantial objective. To adopt election advertising limits and not provide for a mechanism of implementation and enforcement would be nonsensical. Failure to do so would jeopardize public confidence in the electoral system. The latter objective enhances a *Charter* value, informed voting, and is also a pressing and substantial objective.

143 The registration and disclosure requirements are rationally connected to the enforcement of the election advertising regime. The registration requirement notifies the Chief Electoral Officer of which individuals and groups qualify as third parties subject to the advertising expense limits. The reporting requirement allows the Chief Electoral Officer to determine the extent to which third

au processus électoral, y compris le droit de voter de façon éclairée. Le professeur Aucoin a expliqué ce droit en ces termes dans son témoignage :

[TRADUCTION] [Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation] favorisent un vote éclairé, objectif important en soi. La transparence favorise un vote éclairé. Le secret n'y contribue pas. Grâce à la divulgation des renseignements, les électeurs savent qui verse les contributions, qui effectue les dépenses dans le processus électoral et, de ce fait, qui est à l'origine des communications électorales.

Ces dispositions renforcent donc le droit de vote garanti par l'art. 3.

(3) La liberté d'association

L'intimé n'a pas présenté d'argument ou d'élément de preuve établissant que l'art. 356, le par. 357(3) ou les art. 359 ou 362 violent l'al. 2d) de la *Charte*.

(4) La justification de l'atteinte à la liberté d'expression en vertu de l'article premier

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation poursuivent deux objectifs : premièrement, assurer la mise en œuvre et le respect des plafonds de dépenses de publicité électorale des tiers; deuxièmement, mettre à la disposition des électeurs l'information électorale pertinente. Comme on l'a vu plus tôt, le premier objectif est urgent et réel. En effet, il serait illogique d'établir des plafonds de dépenses de publicité électorale sans créer un mécanisme propre à assurer leur mise en œuvre et leur respect. Négliger de le faire mettrait en danger la confiance du public dans le système électoral. Le second objectif appuie une valeur reconnue par la *Charte*, l'exercice d'un droit de vote éclairé, et il constitue lui aussi un objectif urgent et réel.

Les obligations d'enregistrement et de divulgation sont rationnellement liées à l'application du régime de publicité électorale. L'obligation d'enregistrement renseigne le directeur général des élections sur l'identité des individus et des groupes qui possèdent le statut du tiers et qui sont assujettis au plafonnement des dépenses publicitaires. L'obligation de rendre compte aide à déterminer

parties have advertised during an election. These measures enable the Chief Electoral Officer to scrutinize spending more easily. Certain provisions facilitate the supervision of third parties. The appointment of a financial agent or auditor as the designated person accountable for the administration of contributions to the third party advertising expenditures facilitates the reporting process and provides the Chief Electoral Officer with a contact who is responsible for all advertising expenses incurred by the third party. The Chief Electoral Officer is also empowered to request any original bill or receipt of an advertising expense greater than \$50.

The disclosure requirements add transparency to the electoral process and are, therefore, rationally connected to providing information to voters. Third parties must disclose the names and addresses of contributors as well as the amount contributed by each. The Chief Electoral Officer, in turn, must disclose this information to the public. In conjunction with the attribution requirements, this information enables voters to identify who is responsible for certain advertisements. This is especially important where it is not readily apparent who stands behind a particular third party. Thus, voters can easily find out who contributes and who spends.

The attribution, registration and disclosure provisions are minimally impairing. The disclosure and reporting requirements vary depending on the amount spent on election advertising. The personal information required of contributors, name and address, is minimal. Where a corporation is a contributor, the name of the chief executive officer or president is required. The financial information that must be disclosed, contributions and advertising expenses incurred, pertains only to election advertising. The appointment of a financial agent or auditor is not overly onerous. Rather, it arguably facilitates the reporting requirements.

l'étendue de la publicité faite par les tiers durant la période électorale. Ces mesures permettent au directeur général des élections de contrôler plus facilement les dépenses publicitaires. Certaines dispositions facilitent la surveillance des tiers. La nomination par un tiers d'un agent financier ou d'un vérificateur chargé de l'administration des contributions versées pour les dépenses publicitaires des tiers facilite le processus de divulgation et permet au directeur général des élections de disposer d'une personne-ressource responsable des dépenses de publicité engagées par ce tiers. Le directeur général des élections a en outre le pouvoir d'exiger la production de l'original de toute facture ou de tout reçu concernant une dépense de publicité électorale supérieure à 50 \$.

Les obligations de divulgation renforcent la transparence du processus électoral et sont donc rationnellement liées à la communication de l'information à l'électorat. Les tiers doivent révéler les nom et adresse des donateurs, ainsi que la somme versée par chacun d'eux. Le directeur général des élections doit à son tour dévoiler cette information au public. Conjuguée aux renseignements découlant des obligations d'attribution, cette information permet aux électeurs de savoir qui est responsable de certaines annonces. Ces mesures sont particulièrement importantes lorsqu'il n'est pas facile de dire qui appuie un tiers donné. Ainsi, les électeurs peuvent aisément découvrir qui verse des contributions et qui effectue des dépenses.

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation n'entraînent qu'une atteinte minimale au droit à la liberté d'association. Les obligations de divulgation varient selon la somme dépensée au titre de la publicité électorale. Les renseignements personnels exigés des donateurs — nom et adresse — sont minimaux. Lorsque le donneur est une personne morale, le nom de son directeur général ou de son président doit être fourni. Les renseignements financiers qui doivent être divulgués — les contributions et les dépenses de publicité engagées — n'ont trait qu'à la publicité électorale. La nomination d'un agent financier ou d'un vérificateur n'est pas une obligation excessivement lourde. Au contraire, il est possible d'affirmer qu'elle facilite le respect des exigences de divulgation.

144

145

146

The salutary effects of the impugned measures outweigh the deleterious effects. The attribution, registration and disclosure requirements facilitate the implementation and enforcement of the third party election advertising scheme. By increasing the transparency and accountability of the electoral process, they discourage circumvention of the third party limits and enhance the confidence Canadians have in their electoral system. The deleterious effects, by contrast, are minimal. The burden is certainly not as onerous as the respondent alleges. There is no evidence that a contributor has been discouraged from contributing to a third party or that a third party has been discouraged from engaging in electoral advertising because of the reporting requirements.

VI. Conclusion

147

The appeal is allowed with costs throughout. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Sections 323(1) and (3), 350, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 infringe s. 2(b). In other words, all but s. 351 infringe s. 2(b).

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

3. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and

Les effets bénéfiques des mesures contestées l'emportent sur leurs effets préjudiciables. Les obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation facilitent la mise en œuvre et le respect du régime applicable à la publicité électorale faite par les tiers. En renforçant la transparence du processus électoral et en accroissant l'imputabilité des tiers, ces obligations découragent l'évitement des plafonds, en plus de rehausser la confiance des Canadiens dans leur système électoral. À l'opposé, les effets préjudiciables sont minimaux. Il ne s'agit certes pas d'obligations aussi lourdes que le prétend l'intimé. Rien n'indique qu'un donateur a été découragé de verser une contribution à un tiers ou qu'un tiers a été découragé de faire de la publicité électorale en raison des obligations de divulgation.

VI. Conclusion

Le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours. Je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles :

1. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les paragraphes 323(1) et (3) ainsi que les art. 350, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 enfreignent l'al. 2b). Autrement dit, toutes les dispositions enfreignent l'al. 2b), à l'exception de l'art. 351.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

3. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et

democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 351, 356, 357(3), 359 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and MAJOR and BINNIE JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Code Hunter, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Quebec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the interveners Democracy Watch and National Anti-Poverty Organization: Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the intervener Environment Voters, a division of Animal Alliance of Canada: Paterson, MacDougall, Toronto.

dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Les articles 351, 356, 359 et 362 et le par. 357(3) de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

6. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges MAJOR et BINNIE sont dissidents en partie.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Code Hunter, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes Democracy Watch et l'Organisation nationale anti-pauvreté : Bakerlaw, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Environment Voters, division de l'Alliance animale du Canada : Paterson, MacDougall, Toronto.

Percy Schmeiser and Schmeiser Enterprises Ltd. Appellants

v.

Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company Respondents

and

Attorney General of Ontario, Canadian Canola Growers Association (CCGA), Ag-West Biotech Inc., BIOTECana, Canadian Seed Trade Association, Council of Canadians, Action Group on Erosion, Technology and Concentration, Sierra Club of Canada, National Farmers Union, Research Foundation for Science, Technology and Ecology, and International Centre for Technology Assessment Intervenors

INDEXED AS: MONSANTO CANADA INC. v. SCHMEISER

Neutral citation: 2004 SCC 34.

File No.: 29437.

2004: January 20; 2004: May 21.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Scope and validity of patent — Patentable subject matter — Biotechnology — Genes and cells — Whether patents extend to plants — Patent claims disclosing genetically modified genes and cells which, when inserted into plants, increased tolerance to glyphosate herbicides — Whether patent valid.

Patents — Infringement — Patent disclosing genetically modified genes and cells which, when inserted into plants, increased tolerance to glyphosate herbicides — Agricultural production of canola containing patented

Percy Schmeiser et Schmeiser Enterprises Ltd. Appelants

c.

Monsanto Canada Inc. et Monsanto Company Intimées

et

Procureur général de l'Ontario, Canadian Canola Growers Association (CCGA), Ag-West Biotech Inc., BIOTECana, Association canadienne du commerce des semences, Conseil des Canadiens, Groupe d'action sur l'érosion, la technologie et la concentration, Sierra Club du Canada, Syndicat national des cultivateurs, Research Foundation for Science, Technology and Ecology et International Centre for Technology Assessment Intervenants

RÉPERTORIÉ : MONSANTO CANADA INC. c. SCHMEISER

Référence neutre : 2004 CSC 34.

Nº du greffe : 29437.

2004 : 20 janvier; 2004 : 21 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Portée et validité du brevet — Objet brevetable — Biotechnologie — Gènes et cellules — Les brevets s'appliquent-ils aux plantes? — Revendications de brevet divulguant des gènes et cellules génétiquement modifiés qui, une fois insérés dans des plantes, en augmentent la tolérance aux herbicides à base de glyphosate — Le brevet est-il valide?

Brevets — Contrefaçon — Brevet divulguant des gènes et cellules génétiquement modifiés qui, une fois insérés dans des plantes, en augmentent la tolérance aux herbicides à base de glyphosate — Production agricole

cell and gene without obtaining licence or permission — Whether patent infringed — Meaning of word “use” in s. 42 of Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4.

Patents — Remedy — Accounting of profits — Whether accounting of profits may be claimed in absence of evidence of profit attributable to invention.

The respondents are the licensee and owner, respectively, of a patent that discloses the invention of chimeric genes that confer tolerance to glyphosate herbicides such as Roundup and cells containing those genes. Canola containing the patented genes and cells is marketed under the trade name “Roundup Ready Canola”. The appellants grow canola commercially in Saskatchewan. The appellants never purchased Roundup Ready canola nor obtained a licence to plant it. Tests of their 1998 canola crop revealed that 95-98 percent was Roundup Ready Canola. The respondents brought an action against the appellants for patent infringement. The trial judge found the patent to be valid and allowed the action, concluding that the appellants knew or ought to have known that they saved and planted seed containing the patented gene and cell and that they sold the resulting crop also containing the patented gene and cell. The Federal Court of Appeal affirmed the decision but made no finding on patent validity.

Held (Iacobucci, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps and Fish JJ.: The patent is valid. The respondents did not claim protection for the genetically modified plant itself, but rather for the genes and the modified cells that make up the plant. A purposive construction of the patent claims recognizes that the invention will be practised in plants regenerated from the patented cells, whether the plants are located inside or outside a laboratory. Whether or not patent protection for the gene and the cell extends to activities involving the plant is not relevant to the patent's validity. The appellants have failed to discharge the onus to show that the Commissioner of Patents erred in allowing the patent.

To determine whether the appellants infringed s. 42 of the *Patent Act* by “using” the patented cell and

de canola contenant une cellule et un gène brevetés, sans licence ni autorisation en ce sens — Le brevet est-il contrefait? — Sens du verbe « exploiter » figurant à l'art. 42 de la Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4.

Brevets — Réparation — Remise des profits — Peut-on solliciter une remise de profits en l'absence de preuve que l'invention a permis de réaliser un profit?

Les intimées sont respectivement titulaire et propriétaire d'un brevet qui divulgue l'invention de gènes chimériques conférant une résistance aux herbicides à base de glyphosate, tel le Roundup, et de cellules contenant ces gènes. Le canola contenant les gènes et cellules brevetés est commercialisé sous le nom de « Roundup Ready Canola ». Les appellants pratiquent la culture commerciale du canola en Saskatchewan. Ils n'ont jamais acheté de canola Roundup Ready ni obtenu une licence les autorisant à le cultiver. Des tests effectués sur leur récolte de canola de 1998 ont révélé que cette récolte était composée, dans une proportion de 95 à 98 pour 100, de canola Roundup Ready. Les intimées ont intenté contre les appellants une action pour contrefaçon de brevet. Le juge de première instance a décidé que le brevet était valide et a accueilli l'action, en concluant que les appellants savaient ou auraient dû savoir qu'ils conservaient et mettaient en terre des semences contenant le gène et la cellule brevetés, et que la récolte résultante qu'ils vendaient contenait également le gène et la cellule brevetés. La Cour d'appel fédérale a confirmé la validité de cette décision, sans toutefois se prononcer sur celle du brevet.

Arrêt (les juges Iacobucci, Bastarache, Arbour et LeBel sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Deschamps et Fish : Le brevet est valide. La protection revendiquée par les intimées vise non pas la plante génétiquement modifiée elle-même, mais plutôt les gènes et les cellules modifiées qui la constituent. L'interprétation téléologique des revendications du brevet reconnaît que l'invention s'appliquera aux plantes régénérées à partir des cellules brevetées, indépendamment de la question de savoir si ces plantes se trouvent à l'intérieur ou à l'extérieur d'un laboratoire. La question de savoir si la protection par brevet du gène et de la cellule s'étend aux activités mettant en cause la plante n'est pas pertinente pour décider de la validité du brevet. Les appellants ne se sont pas acquittés du fardeau de prouver que le Commissaire aux brevets a commis une erreur en accueillant la demande de brevet.

Pour déterminer si les appellants ont enfreint l'art. 42 de la *Loi sur les brevets* en « exploitant » la cellule

gene, the word "use" in that section must be interpreted taking into account its plain meaning, the purpose of s. 42, its context, and the case law. The plain meaning of the word "use" or "*exploiter*" denotes utilization with a view to production or advantage. The purpose of s. 42 is to define the exclusive rights granted to the patent holder. The question in determining whether a defendant has "used" a patented invention is whether the defendant's activity deprived the inventor in whole or in part, directly or indirectly, of full enjoyment of the monopoly conferred by law. A contextual examination shows that if there is a commercial benefit to be derived from the invention, it belongs to the patent holder. According to the case law, it is no bar to a finding of infringement that the patented object or process is a part of or composes a broader unpatented structure or process, provided the patented invention is significant or important to the defendant's activities that involve the unpatented structure. Possession of a patented object or an object incorporating a patented feature may constitute "use" of the object's stand-by or insurance utility and thus constitute infringement. Possession, at least in commercial circumstances, raises a rebuttable presumption of "use". While intention is generally irrelevant to determining whether there has been "use" and hence infringement, the absence of intention to employ or gain any advantage from the invention may be relevant to rebutting the presumption of use raised by possession.

In this case, the appellants' saving and planting seed, then harvesting and selling plants that contained the patented cells and genes appears, on a common sense view, to constitute "utilization" of the patented material for production and advantage, within the meaning of s. 42. The other questions of principle relevant to "use" under s. 42 also support that preliminary conclusion. By cultivating a plant containing the patented gene and composed of the patented cells without license, the appellants deprived the respondents of the full enjoyment of the monopoly. The appellants' involvement with the disputed canola was also clearly commercial in nature.

Case law shows that infringement is established where a defendant's commercial or business activity involving a thing of which a patented part is a component necessarily involves use of the patented part. Infringement in this case therefore does not require use of the gene or cell in isolation. Infringement also does not require

et le gène brevetés, il faut interpréter le verbe « *exploiter* », qui figure à cet article, en fonction de son sens ordinaire, de l'objet de l'art. 42, de son contexte et de la jurisprudence. Le sens ordinaire du verbe « *exploiter* » ou « *use* » connote une utilisation en vue d'une production ou dans le but de tirer un avantage. L'article 42 a pour objet de définir les droits exclusifs du titulaire d'un brevet. La question qu'il faut se poser pour déterminer si un défendeur a « *exploité* » une invention brevetée consiste à se demander si les activités du défendeur ont privé l'inventeur, en tout ou en partie, directement ou indirectement, de la pleine jouissance du monopole conféré par la loi. L'examen contextuel démontre que tout avantage commercial qui peut découler de l'invention appartient au titulaire du brevet. Selon la jurisprudence, il est possible de conclure à l'existence de contrefaçon même si l'objet ou le procédé breveté fait partie ou est une composante d'une structure ou d'un procédé non brevetés plus vastes, pourvu que l'invention brevetée soit importante pour les activités du défendeur qui mettent en cause la structure non brevetée. La possession d'un objet breveté ou d'un objet ayant une particularité brevetée peut constituer une « *exploitation* » de l'utilité latente de cet objet et constitue donc de la contrefaçon. La possession, du moins dans le cadre d'un commerce, donne naissance à une présomption d'*« exploitation »* réfutable. Bien qu'en général l'intention ne soit pas pertinente pour déterminer s'il y a eu « *exploitation* » et donc contrefaçon, l'absence d'intention d'utiliser l'invention ou d'en tirer un avantage peut être pertinente pour réfuter la présomption d'*exploitation* découlant de la possession.

En l'espèce, le fait que les appellants aient conservé et mis en terre des semences contenant les cellules et gènes brevetés et qu'ils aient récolté et vendu les plantes résultantes paraît logiquement constituer une « *utilisation* » de la matière brevetée en vue d'une production ou dans le but de tirer un avantage, au sens de l'art. 42. Les autres questions de principe pertinentes pour déterminer s'il y a eu « *exploitation* » au sens de l'art. 42 étaient également cette conclusion préliminaire. En cultivant sans licence une plante contenant le gène breveté et formée des cellules brevetées, les appellants ont privé les intimées de la pleine jouissance de leur monopole. L'utilisation, par les appellants, du canola dont il est question en l'espèce était aussi de nature commerciale.

Selon la jurisprudence, il y contrefaçon lorsque les activités commerciales d'un défendeur, qui mettent en cause une chose comportant un élément breveté, requièrent nécessairement l'exploitation de l'élément breveté. Pour qu'il y ait contrefaçon en l'espèce, il n'est pas nécessaire que le gène ou la cellule soient exploités

that the appellants have used Roundup herbicide as an aid to cultivation. First, this argument fails to account for the stand-by or insurance utility of the properties of the patented genes and cells. Second, the appellants did not provide sufficient evidence to rebut the presumption of use. While a defendant's conduct on becoming aware of the presence of the patented invention may assist in rebutting the presumption of use arising from possession, in the circumstances of this case, this presumption stands unrebutted. The appellants actively cultivated Roundup Ready Canola as part of their business operations. In light of all of the relevant considerations, the appellants used the patented genes and cells, and infringement is established.

The *Patent Act* permits two alternative types of remedies: damages and an accounting of profits. Here damages are not available, in view of the respondents' election to seek an account of profits. The inventor is only entitled to that portion of the infringer's profit which is causally attributable to the invention. A comparison is to be made between the appellants' profit attributable to the invention and their profit had they used the best non-infringing option. The appellants' profits were precisely what they would have been had they planted and harvested ordinary canola. Nor did they gain any agricultural advantage from the herbicide resistant nature of the canola since no finding was made that they sprayed with Roundup herbicide to reduce weeds. On this evidence, the appellants earned no profit from the invention and the respondents are entitled to nothing on their claim of account.

Per Iacobucci, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. (dissenting in part): The heart of the issue is whether the Federal Court of Appeal's decision can stand in light of this Court's ruling that plants as higher life forms are unpatentable. A purposive construction that limits the scope of the respondents' claims to their "essential elements" leads to the conclusion that the gene claims and the plant cell claims should not be construed to grant exclusive rights over the plant and all of its offspring. This interpretation is fair and predictable because it ties the respondents to their claims; the respondents specifically disclaim plants. Patents must be interpreted from the point of view of the person skilled in the art who must also be taken to know the law. A person skilled in the art could not reasonably have expected that patent protection extended to unpatentable plants and their

isolément et il n'est pas nécessaire non plus que les appellants aient pulvérisé de l'herbicide Roundup sur leurs cultures. Premièrement, cet argument ne tient pas compte de l'utilité latente des propriétés des gènes et cellules brevetés. Deuxièmement, la preuve produite par les appellants n'est pas suffisante pour réfuter la présomption d'exploitation. Bien que la conduite qu'un défendeur a adoptée après avoir pris connaissance de la présence de l'invention brevetée puisse aider à réfuter la présomption d'exploitation découlant de la possession, cette présomption subsiste dans les circonstances de la présente affaire. Les appellants ont réellement cultivé du canola Roundup Ready dans le cadre de leurs activités commerciales. Compte tenu de tous les facteurs pertinents, les appellants ont exploité les gènes et cellules brevetés, et il y a donc contrefaçon.

La *Loi sur les brevets* prévoit deux différents types de réparation : les dommages-intérêts et la remise des profits. En l'espèce, il n'y a pas lieu d'accorder des dommages-intérêts, étant donné que les intimées ont choisi de demander la remise des profits. L'inventeur a seulement droit à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur, qui a un lien de causalité avec l'invention. Il faut comparer le profit que l'invention a permis aux appellants de réaliser à celui que leur aurait permis de réaliser la meilleure solution non contrefaisante. Les appellants ont réalisé exactement les mêmes profits que s'ils avaient planté et récolté du canola ordinaire. Sur le plan agricole, les appellants n'ont également tiré aucun avantage de la résistance du canola à l'herbicide, vu l'absence de conclusion qu'ils ont pulvérisé de l'herbicide Roundup pour diminuer la présence des mauvaises herbes. Selon la preuve produite en l'espèce, les appellants n'ont tiré aucun profit de l'invention et les intimées n'ont droit à rien en ce qui concerne leur demande de remise.

Les juges Iacobucci, Bastarache, Arbour et LeBel (dissidents en partie) : Il s'agit essentiellement de savoir si larrêt de la Cour d'appel fédérale peut être maintenu eu égard à la décision de notre Cour selon laquelle les plantes, en tant que formes de vie supérieures, ne sont pas brevetables. Une interprétation téléologique qui limite les revendications des intimées à leurs « éléments essentiels » amène à conclure qu'il n'y a pas lieu de considérer que les revendications relatives au gène et à la cellule végétale confèrent des droits exclusifs sur la plante et toute sa descendance. Cette interprétation est équitable et prévisible étant donné qu'elle lie les intimées à leurs revendications; ces dernières ont expressément renoncé aux plantes. Les brevets doivent être interprétés du point de vue de la personne versée dans l'art, qui doit également être considérée comme connaissant le droit

offspring. Properly construed, the respondents' product and process claims are both valid because neither extends patent protection to the plant itself.

The issue at the infringement stage is whether the appellants used the invention so as to interfere with the exclusive rights of the patentee, keeping in mind that the scope of the claims does not extend patent protection to plants. The meaning of "use" in s. 42 of the *Patent Act* requires a purposive interpretation of the word "use", a contextual analysis given the surrounding words in the provision, and the case law. A purposive construction of "use" suggests that "use" is limited by the subject-matter of the invention, and that any acts for a purpose whether foreseen or not by the inventor may constitute an infringing use. The contextual analysis also links the verb "use" with the noun "invention". Accordingly, the test for determining "use" is not whether the alleged user has deprived the patentee of the commercial benefits flowing from his invention, but whether the alleged user has deprived the patentee of his monopoly over the use of the invention as construed in the claims. In the context of this case, the question is whether the appellants used the respondents' genetically modified cells and genes as they existed in the laboratory prior to differentiation and propagation — or the process of genetic alteration. Much of the case law on "use" and various analogies are unhelpful, in this context, to define the meaning of "use" because of the unique properties of biological materials, especially higher life forms that can self-replicate and spread. A knowledge element should not be incorporated in the definition of "use" since it is a settled issue in Canadian patent law that intention is irrelevant to infringement. If the person's acts interfere with the exclusive rights granted by the patent, then there is infringement, although the presumption of use may be rebutted in very rare circumstances.

In the result, the lower courts erred not only in construing the claims to extend to plants and seed, but also in construing "use" to include the use of subject-matter disclaimed by the patentee, namely the plant. The appellants as users were entitled to rely on the reasonable expectation that plants, as unpatentable subject-matter,

applicable. Une personne versée dans l'art ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que la protection conférée par le brevet s'étende aux plantes non brevetables et à leur descendance. Correctement interprétées, les revendications des intimés relatives aux produits et aux procédés sont valides dans les deux cas, étant donné qu'aucune d'elles n'étend la protection par brevet à la plante elle-même.

Au moment de déterminer s'il y a contrefaçon, il faut se demander si les appellants ont exploité l'invention de façon à porter atteinte aux droits exclusifs du titulaire du brevet, sans oublier que les revendications du brevet ne s'appliquent pas aux plantes. Pour établir le sens du verbe « exploiter » figurant à l'art. 42 de la *Loi sur les brevets*, il faut procéder à une interprétation téléologique du verbe « exploiter » et à une analyse contextuelle qui tient compte des autres termes de la disposition, et consulter la jurisprudence en la matière. Selon une interprétation téléologique, le sens du verbe « exploiter » est limité par l'objet de l'invention, et tout acte accompli dans un but prévu ou non prévu par l'inventeur peut constituer une exploitation contrefaisante. L'analyse contextuelle permet également de lier le verbe « exploiter » au substantif « invention ». Par conséquent, le critère applicable pour déterminer s'il y a eu « exploitation » consiste à se demander si le présumé exploitateur a privé le titulaire du brevet non pas des avantages commerciaux de son invention, mais plutôt de son monopole de l'exploitation de l'invention expliquée dans les revendications. En l'espèce, la question est de savoir si les appellants ont exploité les gènes et les cellules génétiquement modifiés des intimés, tels qu'ils existaient en laboratoire avant leur différenciation et leur multiplication — ou le procédé de modification génétique. Une bonne partie de la jurisprudence relative au verbe « exploiter » ainsi que diverses analogies sont inutiles pour déterminer le sens du verbe « exploiter » dans le présent contexte, en raison des propriétés uniques des matières biologiques et, plus particulièrement, des formes de vie supérieures qui peuvent se reproduire et se propager. Il n'y a pas lieu d'incorporer un élément de connaissance dans la définition du verbe « exploiter », étant donné qu'il est bien établi, en droit canadien des brevets, que l'intention n'est pas pertinente en matière de contrefaçon. Si les actes d'une personne portent atteinte aux droits exclusifs conférés par le brevet, il y a contrefaçon bien que la présomption d'exploitation soit réfutable dans des circonstances très rares.

En définitive, les tribunaux inférieurs ont commis une erreur en considérant non seulement que les revendications s'appliquent aux plantes et aux semences, mais encore que le verbe « exploiter » signifie également exploiter l'objet auquel le titulaire du brevet a renoncé, à savoir la plante. En tant qu'exploiteurs, les appellants

fall outside the scope of patent protection. Accordingly, the cultivation of plants containing the patented gene and cell does not constitute an infringement. The plants containing the patented gene can have no stand-by value. To conclude otherwise would, in effect, confer patent protection on the plant. Since there is no claim for a "glyphosate-resistant" plant and all its offspring, saving, planting, or selling seed from glyphosate-resistant plants does not constitute an infringing use. As was done here, the respondents can still license the sale of seeds that they produce from their patented invention and can impose contractual obligations, such as prohibition on saving seeds, on the licensee.

The conclusion on the scope of the respondents' patent claims, that is determinative of both validity and infringing use, is consistent with the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Fish J.

Applied: *Betts v. Neilson* (1868), L.R. 3 Ch. App. 429, aff'd (1871), L.R. 5 H.L. 1; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. British and Colonial Motor Car Co.* (1901), 18 R.P.C. 313; *British United Shoe Machinery Co. v. Simon Collier Ltd.* (1910), 27 R.P.C. 567; *Adair v. Young* (1879), 12 Ch. D. 13; **distinguished:** *Kirin Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 3792 (QL), [2002] EWCA Civ. 1096; **referred to:** *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, 2002 SCC 77; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 CSC 66; *Lishman v. Erom Roche Inc.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 72; *Saccharin Corp. v. Anglo-Continental Chemical Works, Ltd.* (1900), 17 R.P.C. 307; *Stead v. Anderson* (1847), 4 C.B. 806, 136 E.R. 724; *Hoechst Celanese Corp. v. BP Chemicals Ltd.* (1998), 25 F.S.R. 586; *Illinois Tool Works Inc. v. Cobra Anchors Co.* (2002), 221 F.T.R. 161, 2002 FCT 829; *Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77; *Pfizer Corp. v. Ministry of Health*, [1965] A.C. 512; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3; *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*,

pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que les objets non brevetables que sont les plantes ne bénéficient pas de la protection conférée par le brevet. Par conséquent, la culture des plantes contenant le gène et la cellule brevetés ne constitue pas de la contrefaçon. Les plantes contenant le gène breveté ne peuvent avoir aucune valeur latente. Toute conclusion contraire aurait pour effet de rendre applicable à la plante la protection conférée par le brevet. Puisqu'il n'y a aucune revendication relative à une plante « résistant au glyphosate » et à toute sa descendance, le fait de conserver, de mettre en terre ou de vendre des semences provenant de plantes résistant au glyphosate ne constitue pas une exploitation contrefaisante. Comme cela a été fait en l'espèce, les intimées peuvent toujours accorder des licences autorisant la vente des semences qu'elles produisent à partir de leur invention brevetée et imposer au titulaire de la licence des obligations contractuelles, telle l'interdiction de conserver des semences.

La conclusion sur la portée des revendications du brevet des intimées, qui est déterminante en ce qui concerne, à la fois, la question de la validité et celle de l'exploitation contrefaisante, est conforme à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish

Arrêts appliqués : *Betts c. Neilson* (1868), L.R. 3 Ch. App. 429, conf. par (1871), L.R. 5 H.L. 1; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. c. British and Colonial Motor Car Co.* (1901), 18 R.P.C. 313; *British United Shoe Machinery Co. c. Simon Collier Ltd.* (1910), 27 R.P.C. 567; *Adair c. Young* (1879), 12 Ch. D. 13; **distinction d'avec l'arrêt :** *Kirin Amgen Inc. c. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 3792 (QL), [2002] EWCA Civ. 1096; **arrêts mentionnés :** *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, 2002 CSC 77; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66; *Lishman c. Erom Roche Inc.*, [1996] A.C.F. n° 560 (QL); *Saccharin Corp. c. Anglo-Continental Chemical Works, Ltd.* (1900), 17 R.P.C. 307; *Stead c. Anderson* (1847), 4 C.B. 806, 136 E.R. 724; *Hoechst Celanese Corp. c. BP Chemicals Ltd.* (1998), 25 F.S.R. 586; *Illinois Tool Works Inc. c. Cobra Fixations Cie*, [2002] A.C.F. n° 1104 (QL), 2002 CFPI 829; *Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77; *Pfizer Corp. c. Ministry of Health*, [1965] A.C. 512; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *Lubrizol Corp. c. Compagnie*

[1999] R.P.C. 203; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142; *Collette v. Lasnier* (1886), 13 S.C.R. 563; *Colonial Fastener Co. v. Lightning Fastener Co.*, [1937] S.C.R. 36.

By Arbour J. (dissenting in part)

Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents), [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76; *Gillette Safety Razor Co. v. Anglo-American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623; *Free World Trust v. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66; *Western Electric Co. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570; *Needham v. Johnson and Co.* (1884), 1 R.P.C. 49; *Amfac Foods Inc. v. Irving Pulp & Paper Ltd.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 59; *B.V.D. Co. v. Canadian Celanese Ltd.*, [1936] S.C.R. 221; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1; *Kirin Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 3792 (QL), [2002] EWCA Civ. 1096; *Commissioner of Patents v. Farbwere Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49; *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536; *Schlumberger Canada Ltd. v. Commissioner of Patents*, [1982] 1 F.C. 845; *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111; *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*, 149 F.3d 1368 (1998); *Re Application of Boussac*, CIPO, Commissioner's Decision No. 143, March 10, 1973; *Re Application of Ijzerman*, CIPO, Commissioner's Decision No. 254, July 4, 1975; *Gale's Application*, [1991] R.P.C. 305; *Application No. 995 for a Townhouse Building Design (Re)* (1979), 53 C.P.R. (2d) 211; *F. Hoffmann-Laroche & Co. v. Commissioner of Patents*, [1955] S.C.R. 414; *Adair v. Young* (1879), 12 Ch. D. 13; *The King v. American Optical Co.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62; *Libbey-Owens-Ford Glass Co. v. Ford Motor Co. of Canada* (1969), 1 Ex. C.R. 529, aff'd [1970] S.C.R. 833; *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133, rev'd [1995] 2 F.C. 723; *Saccharin Corp. v. Anglo-Continental Chemical Works, Ld.* (1900), 17 R.P.C. 307; *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289; *American Cyanamid Co. v. Charles E. Frosst & Co.* (1965), 29 Fox Pat. C. 153; *British United Shoe Machinery Co. v. Gimson Shoe Machinery Co.* (1928), 45 R.P.C. 290; *Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77; *Illinois*

Pétrolière Impériale Ltée, [1997] 2 C.F. 3; *Celanese International Corp. c. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142; *Collette c. Lasnier* (1886), 13 R.C.S. 563; *Colonial Fastener Co. c. Lightning Fastener Co.*, [1937] R.C.S. 36.

Citée par la juge Arbour (dissidente en partie)

Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets), [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76; *Gillette Safety Razor Co. c. Anglo-American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66; *Western Electric Co. c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570; *Needham c. Johnson and Co.* (1884), 1 R.P.C. 49; *Amfac Foods Inc. c. Irving Pulp & Paper Ltd.*, [1984] A.C.F. n° 105 (QL); *B.V.D. Co. c. Canadian Celanese Ltd.*, [1936] R.C.S. 221; *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1992] A.C.F. n° 1110 (QL); *Kirin Amgen Inc. c. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 3792 (QL), [2002] EWCA Civ. 1096; *Commissioner of Patents c. Farbwere Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49; *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536; *Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets*, [1982] 1 C.F. 845; *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111; *State Street Bank & Trust Co. c. Signature Financial Group, Inc.*, 149 F.3d 1368 (1998); *Re Application of Boussac*, OPIC, décision du Commissaire n° 143, 10 mars 1973; *Re Application of Ijzerman*, OPIC, décision du Commissaire n° 254, 4 juillet 1975; *Gale's Application*, [1991] R.P.C. 305; *Application No. 995 for a Townhouse Building Design (Re)* (1979), 53 C.P.R. (2d) 211; *F. Hoffmann-Laroche & Co. c. Commissioner of Patents*, [1955] R.C.S. 414; *Adair c. Young* (1879), 12 Ch. D. 13; *The King c. American Optical Co.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62; *Libbey-Owens-Ford Glass Co. c. Ford Motor Co. of Canada* (1969), 1 R.C. de l'É. 529, conf. par [1970] R.C.S. 833; *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [1994] A.C.F. n° 1898 (QL), inf. par [1995] 2 C.F. 723; *Saccharin Corp. c. Anglo-Continental Chemical Works, Ld.* (1900), 17 R.P.C. 307; *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289; *American Cyanamid Co. c. Charles E. Frosst & Co.* (1965), 29 Fox Pat. C. 153; *British United Shoe Machinery Co.* (1928), 45 R.P.C. 290; *Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44

Tool Works Inc. v. Cobra Anchors Co. (2002), 221 F.T.R. 161, 2002 FCT 829; *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. v. H.N. Norton & Co.*, [1996] R.P.C. 76; *Pfizer Corp. v. Ministry of Health*, [1965] A.C. 512; *British United Shoe Machinery Co. v. Simon Collier Ltd.* (1910), 27 R.P.C. 567.

Statutes and Regulations Cited

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization*, 1867 U.N.T.S. 3), art. 27(1), (3). *Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of July 6, 1998 on the legal protection of biotechnological inventions*, [1998] O.J. L. 213/13. *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 2, 27(8) [rep. & sub. 1993, c. 15, s. 31], 42 [rep. & sub. c. 33 (3rd Supp.), s. 16], 56(1) [formerly s. 58; rep. & sub. c. 33 (3rd Supp.), s. 22; rep. & sub. 1993, c. 44, ss. 194, 199]. *Plant Breeders' Rights Act*, S.C. 1990, c. 20.

Authors Cited

Canada. Patent Office. *Manual of Patent Office Practice*. Ottawa-Hull: Industry Canada, Canadian Intellectual Property Office, 1998.

Canadian Biotechnology Advisory Committee. *Patenting of Higher Life Forms and Related Issues: Report to the Government of Canada Biotechnology Ministerial Coordinating Committee*. Ottawa: The Committee, June 2002.

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "use".

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.

Gold, E. Richard, and Wendy A. Adams. "The Monsanto decision: The edge or the wedge" (2001), 19 *Nat. Biotechnol.* 587.

Hughes, Roger T., et al. *Hughes and Woodley on Patents*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 1984.

Nouveau Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2003, "exploiter".

Siebrasse, Norman. "A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms" (2004), 20 *C.I.P.R.* 79.

Thorley, Simon, et al. *Terrell on the Law of Patents*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

C.P.R. (3d) 77; *Illinois Tool Works Inc. c. Cobra Fixations Cie*, [2002] A.C.F. n° 1104 (QL), 2002 CFPI 829; *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. c. H.N. Norton & Co.*, [1996] R.P.C. 76; *Pfizer Corp. c. Ministry of Health*, [1965] A.C. 512; *British United Shoe Machinery Co. c. Simon Collier Ltd.* (1910), 27 R.P.C. 567.

Lois et règlements cités

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 R.T.N.U. 3), art. 27(1), (3). *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, [1998] J.O. L. 213/13. *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, ch. 20. *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2, 27(8) [abr. & rempl. 1993, ch. 15, art. 31], 42 [abr. & rempl. ch. 33 (3^e suppl.), art. 16], 56(1) [auparavant art. 58; abr. & rempl. ch. 33 (3^e suppl.), art. 22; abr. & rempl. 1993, ch. 44, art. 194, 199].

Doctrine citée

Canada. Bureau des brevets. *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*. Ottawa-Hull : Industrie Canada, Office de la propriété intellectuelle du Canada, 1998. Comité consultatif canadien de la biotechnologie. *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada*. Ottawa : Le Comité, juin 2002. *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford : Clarendon Press, 1995, « use ». Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto : Carswell, 1969.

Gold, E. Richard, and Wendy A. Adams. « The Monsanto decision : The edge or the wedge » (2001), 19 *Nat. Biotechnol.* 587.

Hughes, Roger T., et al. *Hughes and Woodley on Patents*. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 1984.

Nouveau Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2003, « exploiter ».

Siebrasse, Norman. « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 *C.I.P.R.* 79.

Thorley, Simon, et al. *Terrell on the Law of Patents*, 15th ed. London : Sweet & Maxwell, 2000.

Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2003] 2 F.C. 165, 218 D.L.R. (4th) 31, 293 N.R. 340, 21 C.P.R. (4th) 1, [2002] F.C.J. No. 1209 (QL), 2002 FCA 309, affirming a decision of the Trial Division (2001), 202 F.T.R. 78, 12 C.P.R. (4th) 204, [2001] F.C.J. No. 436 (QL), 2001 FCT 256. Appeal allowed in part, Iacobucci, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part.

Terry J. Zakreski, for the appellants.

Roger T. Hughes, Q.C., *Arthur B. Renaud* and *L. E. Trent Horne*, for the respondents.

Sara Blake and *Ryan Collier*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Mona G. Brown and *Carena Roller*, for the intervener the Canadian Canola Growers Association.

Written submissions only by *Richard W. Danyliuk*, for the intervener Ag-West Biotech Inc.

Anthony G. Creber and *Henry S. Brown, Q.C.*, for the intervener BIOTECanada.

A. David Morrow and *Colin B. Ingram*, for the intervener the Canadian Seed Trade Association.

Steven Shrybman and *Steven Barrett*, for the intervenors the Council of Canadians, the Action Group on Erosion, Technology and Concentration, the Sierra Club of Canada, the National Farmers Union, the Research Foundation for Science, Technology and Ecology, and the International Centre for Technology Assessment.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps and Fish JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. —

I. Introduction

¹ This case concerns a large scale, commercial farming operation that grew canola containing a

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2003] 2 C.F. 165, 218 D.L.R. (4th) 31, 293 N.R. 340, 21 C.P.R. (4th) 1, [2002] A.C.F. n° 1209 (QL), 2002 CAF 309, confirmant une décision de la Section de première instance (2001), 202 F.T.R. 78, 12 C.P.R. (4th) 204, [2001] A.C.F. n° 436 (QL), 2001 CFPI 256. Pourvoi accueilli en partie, les juges Iacobucci, Bastarache, Arbour et LeBel sont dissidents en partie.

Terry J. Zakreski, pour les appellants.

Roger T. Hughes, c.r., *Arthur B. Renaud* et *L. E. Trent Horne*, pour les intimées.

Sara Blake et *Ryan Collier*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Mona G. Brown et *Carena Roller*, pour l'intervenante Canadian Canola Growers Association.

Argumentation écrite seulement par *Richard W. Danyliuk*, pour l'intervenante Ag-West Biotech Inc.

Anthony G. Creber et *Henry S. Brown, c.r.*, pour l'intervenante BIOTECanada.

A. David Morrow et *Colin B. Ingram*, pour l'intervenante l'Association canadienne du commerce des semences.

Steven Shrybman et *Steven Barrett*, pour les intervenants le Conseil des Canadiens, le Groupe d'action sur l'érosion, la technologie et la concentration, le Sierra Club du Canada, le Syndicat national des cultivateurs, Research Foundation for Science, Technology and Ecology et International Centre for Technology Assessment.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Binnie, Deschamps et Fish rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH —

I. Introduction

Dans la présente affaire, une entreprise de grande culture commerciale a cultivé du canola contenant

patented cell and gene without obtaining licence or permission. The main issue is whether it thereby breached the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4. We believe that it did.

In reaching this conclusion, we emphasize from the outset that we are not concerned here with the innocent discovery by farmers of “blow-by” patented plants on their land or in their cultivated fields. Nor are we concerned with the scope of the respondents’ patent or the wisdom and social utility of the genetic modification of genes and cells — a practice authorized by Parliament under the *Patent Act* and its regulations.

Our sole concern is with the application of established principles of patent law to the essentially undisputed facts of this case.

II. The Salient Facts

Percy Schmeiser has farmed in Saskatchewan for more than 50 years. In 1996 he assigned his farming business to a corporation in which he and his wife are the sole shareholders and directors. He and his corporation grow wheat, peas, and a large amount of canola.

In the 1990s, many farmers, including five farmers in Mr. Schmeiser’s area, switched to Roundup Ready Canola, a canola variety containing genetically modified genes and cells that have been patented by Monsanto. Canola containing the patented genes and cells is resistant to a herbicide, Roundup, which kills all other plants, making it easier to control weeds. This eliminates the need for tillage and other herbicides. It also avoids seeding delays to accommodate early weed spraying. Monsanto licenses farmers to use Roundup Ready Canola, at a cost of \$15 per acre.

une cellule et un gène brevetés, sans avoir préalablement obtenu une licence ou une autorisation en ce sens. Il s’agit principalement de savoir si elle a, de ce fait, contrevenu à la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4. Nous croyons que oui.

En tirant cette conclusion, nous tenons à souligner, dès le départ, qu’il n’est pas question, en l’espèce, de la découverte innocente, par des agriculteurs, de plantes brevetées « disséminées par le vent » sur leurs terres ou dans leurs champs cultivés. Nous ne nous intéressons pas non plus à la portée du brevet des intimées ou à l’intérêt et à l’utilité pour la société de la modification génétique de gènes et de cellules — pratique que le législateur a autorisée dans la *Loi sur les brevets* et son règlement d’application.

Il s’agit simplement d’appliquer les principes établis du droit des brevets aux faits de la présente affaire qui, pour l’essentiel, ne sont pas contestés.

II. Les faits saillants

Percy Schmeiser exploite une ferme en Saskatchewan depuis plus de 50 ans. En 1996, il a cédé son entreprise agricole à une société dont son épouse et lui sont les seuls actionnaires et administrateurs. L’entreprise cultive du blé, des pois et une grande quantité de canola.

Au cours des années 90, de nombreux agriculteurs, dont cinq agriculteurs de la région de M. Schmeiser, se sont convertis au canola Roundup Ready, une variété de canola contenant des gènes et des cellules génétiquement modifiés que Monsanto a fait breveter. Le canola qui contient les gènes et les cellules brevetés permet de lutter plus efficacement contre les mauvaises herbes grâce à sa résistance à l’herbicide Roundup qui tue toutes les autres plantes. Il permet d’éliminer le travail du sol et la pulvérisation d’autres herbicides, ainsi que d’éviter de retarder l’ensemencement pour effectuer de la pulvérisation précoce destinée à éliminer les mauvaises herbes. Les agriculteurs qui utilisent le canola Roundup Ready doivent payer à Monsanto des droits de licence de 15 \$ l’acre.

2

3

4

5

6 Schmeiser never purchased Roundup Ready Canola nor did he obtain a licence to plant it. Yet, in 1998, tests revealed that 95 to 98 percent of his 1,000 acres of canola crop was made up of Roundup Ready plants. The origin of the plants is unclear. They may have been derived from Roundup Ready seed that blew onto or near Schmeiser's land, and was then collected from plants that survived after Schmeiser sprayed Roundup herbicide around the power poles and in the ditches along the roadway bordering four of his fields. The fact that these plants survived the spraying indicated that they contained the patented gene and cell. The trial judge found that "none of the suggested sources [proposed by Schmeiser] could reasonably explain the concentration or extent of Roundup Ready canola of a commercial quality" ultimately present in Schmeiser's crop ((2001), 202 F.T.R. 78, at para. 118).

7 The issues on this appeal are whether Schmeiser infringed Monsanto's patent, and if so, what remedies Monsanto may claim.

III. Analysis

A. The Patent: Its Scope and Validity

8 Canola is a valuable crop grown in Canada and used to make edible oil and animal feed. The respondents are the licensee and owner, respectively, of Canadian Patent No. 1,313,830. This patent, titled "Glyphosate-Resistant Plants", was issued on February 23, 1993, and expires on February 23, 2010. It discloses the invention of genetically engineered genes and cells containing those genes which, when inserted into plants (in this case canola), dramatically increase their tolerance to herbicides containing glyphosate. Ordinarily, glyphosate inhibits an enzyme essential for plant survival. Most plants sprayed with a glyphosate herbicide do not survive, but a canola

Monsieur Schmeiser n'a jamais acheté de canola Roundup Ready ni obtenu une licence l'autorisant à le cultiver. Pourtant, en 1998, des tests ont révélé que la récolte de canola provenant des 1 000 acres qu'il avait cultivés était composée, dans une proportion de 95 à 98 pour 100, de plantes Roundup Ready. La provenance de ces plantes n'est pas claire. Elles peuvent provenir des semences de plantes qui ont poussé sur les terres de M. Schmeiser ou près de celles-ci à la suite de la dissémination par le vent de graines Roundup Ready, et qui ont survécu à la pulvérisation d'herbicide Roundup que M. Schmeiser avait effectuée autour des pylônes et dans les fossés qui longent la route en bordure de quatre de ses champs. Le fait que ces plantes aient survécu à la pulvérisation indiquait qu'elles contenaient le gène et la cellule brevetés. Le juge de première instance a conclu qu'"aucune des sources évoquées [par M. Schmeiser] ne pouvait logiquement expliquer la concentration ou l'ampleur de canola Roundup Ready de qualité commerciale" qui s'est retrouvée dans la récolte de M. Schmeiser ([2001] A.C.F. no 436 (QL), par. 118).

Les questions en litige dans le présent pourvoi sont de savoir si M. Schmeiser a contrefait le brevet de Monsanto et, dans l'affirmative, à quelles réparations peut prétendre Monsanto.

III. Analyse

A. Le brevet : sa portée et sa validité

Le canola est une culture de grande valeur au Canada et sert à fabriquer de l'huile comestible et des aliments pour animaux. Les intimés sont respectivement titulaire et propriétaire du brevet canadien no 1,313,830. Ce brevet intitulé « Plantes résistant au glyphosate » a été délivré le 23 février 1993 et expirera le 23 février 2010. Il divulgue l'invention de gènes génétiquement modifiés et de cellules contenant ces gènes qui, une fois insérés dans des plantes (le canola en l'espèce), en augmentent remarquablement la tolérance aux herbicides à base de glyphosate. Le glyphosate inhibe habituellement l'enzyme essentielle à la survie des plantes. La plupart des plantes traitées par pulvérisation

plant grown from seed containing the modified gene will survive.

Since 1996, canola seed containing the patented gene and cell has been produced in Canada under licence from the respondents; this seed has been marketed to farmers under the trade name "Roundup Ready Canola", reflecting its resistance to the glyphosate herbicide "Roundup" manufactured by the respondents. Roundup can be sprayed after the canola plants have emerged, killing all plants except the canola. This eliminates the need for tillage and other herbicides. It also avoids delaying seeding to accommodate early weed spraying.

In 1996, approximately 600 Canadian farmers planted this Roundup Ready Canola on 50,000 acres. By 2000, approximately 20,000 farmers planted 4.5 to 5 million acres — nearly 40 percent of all canola grown in Canada.

Monsanto requires a farmer who wishes to grow Roundup Ready Canola to enter into a licensing arrangement called a Technology Use Agreement ("TUA"). The licensed farmers must attend a Grower Enrollment Meeting at which Monsanto describes the technology and its licensing terms. By signing the TUA, the farmer becomes entitled to purchase Roundup Ready Canola from an authorized seed agent. They must, however, undertake to use the seed for planting a single crop and to sell that crop for consumption to a commercial purchaser authorized by Monsanto. The licensed farmers may not sell or give the seed to any third party, or save seed for replanting or inventory.

The TUA gives Monsanto the right to inspect the fields of the contracting farmer and to take samples to verify compliance with the TUA. The farmer must also pay a licensing fee for each acre planted

d'herbicide à base de glyphosate meurent, mais une plante produite à partir d'une semence contenant le gène modifié survit au traitement.

Depuis 1996, des semences de canola contenant le gène et la cellule brevetés sont produites au Canada en vertu d'une licence accordée par les intimées. Ces semences sont commercialisées auprès des agriculteurs sous le nom de « Roundup Ready Canola », qui reflète leur résistance au « Roundup », un herbicide à base de glyphosate fabriqué par les intimées. Le Roundup, qui peut être pulvérisé après l'émergence des plants de canola, tue toutes les plantes à l'exception du canola. Il permet d'éliminer le travail du sol et la pulvérisation d'autres herbicides, ainsi que d'éviter de retarder l'ensemencement pour effectuer de la pulvérisation précoce destinée à éliminer les mauvaises herbes.

En 1996, environ 600 agriculteurs canadiens ont planté du canola Roundup Ready sur 50 000 acres. En 2000, environ 20 000 agriculteurs ont planté ce type de canola sur 4,5 à 5 millions d'acres, ce qui représente près de 40 pour 100 de tout le canola cultivé au Canada.

L'agriculteur qui souhaite cultiver le canola Roundup Ready doit conclure avec Monsanto un accord de licence appelé l'Entente sur les utilisations technologiques (« EUT »), et assister à une réunion d'inscription des producteurs au cours de laquelle Monsanto lui décrit la technologie et lui explique les conditions de la licence. L'agriculteur qui signe l'EUT peut se procurer le canola Roundup Ready auprès d'un représentant autorisé. Cependant, il doit promettre d'utiliser les semences pour une seule récolte et de vendre celle-ci aux fins de consommation à un acheteur commercial autorisé par Monsanto. L'agriculteur qui a obtenu une licence ne peut pas vendre ou donner les semences à un tiers, ni les conserver pour les mettre de nouveau en terre ou les stocker.

L'EUT confère à Monsanto le droit d'inspecter les champs des agriculteurs contractants et de prélever des échantillons afin de vérifier si l'EUT est respectée. L'agriculteur doit également payer

9

10

11

12

with Roundup Ready Canola. In 1998, the licensing fee was \$15 per acre.

13 A Roundup Ready Canola plant cannot be distinguished from other canola plants except by a chemical test that detects the presence of the Monsanto gene, or by spraying the plant with Roundup. A canola plant that survives being sprayed with Roundup is Roundup Ready Canola.

14 The trial judge found the patent to be valid. He found that it did not offend the *Plant Breeders' Rights Act*, S.C. 1990, c. 20, and held that the difficulty of distinguishing canola plants containing the patented gene and cell from those without it did not preclude patenting the gene. The trial judge also rejected the argument that the gene and cell are unpatentable because they can be replicated without human intervention or control.

15 The scope of the patent is largely uncontroversial.

16 The trial judge found that “it is the gene and the process for its insertion . . . and the cell derived from that process” that comprise the invention (para. 88 (emphasis added); see also para. 26). The Federal Court of Appeal likewise endorsed the claims as being for “genes and cells which are glyphosate-resistant” ([2003] 2 F.C. 165, at para. 40).

17 Everyone agrees that Monsanto did not claim protection for the genetically modified plant itself, but rather for the genes and the modified cells that make up the plant. Unlike our colleague, Arbour J., we do not believe this fact requires reading a proviso into the claims that would provide patent protection to the genes and cells only when in an isolated laboratory form.

18 Purposive construction of patent claims requires that they be interpreted in light of the whole of the

des droits de licence pour chaque acre de culture de canola Roundup Ready. En 1998, les droits de licence étaient de 15 \$ l'acre.

Seul un test chimique permettant de déceler la présence du gène Monsanto ou encore la pulvérisation de Roundup sur les plantes permet de distinguer les plantes de canola Roundup Ready des autres plantes de canola. Une plante de canola qui survit à la pulvérisation de Roundup est une plante de canola Roundup Ready.

Le juge de première instance a conclu que le brevet était valide et qu'il ne contrevenait pas à la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, ch. 20. Selon lui, la difficulté de distinguer les plantes de canola contenant le gène et la cellule brevetés de celles ne les contenant pas n'empêchait pas de breveter le gène. Le juge de première instance a aussi rejeté l'argument voulant que le gène et la cellule ne soient pas brevetables en raison de leur capacité de se multiplier sans intervention ni contrôle humains.

La portée du brevet suscite peu de controverse.

Le juge de première instance a conclu que « ce sont le gène et son procédé d'insertion [. . .] et [. . .] la cellule résultant de ce procédé » qui constituent l'invention (par. 88 (nous soulignons); voir aussi par. 26). De même, la Cour d'appel fédérale a considéré que les revendications concernent « les gènes et les cellules qui sont résistants au glyphosate » ([2003] 2 C.F. 165, par. 40).

Tous s'accordent pour dire que la protection revendiquée par Monsanto vise non pas la plante génétiquement modifiée elle-même, mais plutôt les gènes et les cellules modifiées qui la constituent. Contrairement à notre collègue la juge Arbour, nous ne croyons pas que ce fait oblige à considérer que les revendications comportent une réserve voulant que seuls les gènes et les cellules isolés en laboratoire bénéficient de la protection du brevet.

L'interprétation téléologique des revendications d'un brevet exige qu'elles soient interprétées en

disclosure, including the specifications: *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504. In this case, the disclosure includes the following:

Abstract of the Disclosure

Plant cells transformed using such genes and plants regenerated therefrom have been shown to exhibit a substantial degree of glyphosate resistance.

Background of the Invention

The object of this invention is to provide a method of genetically transforming plant cells which causes the cells and plants regenerated therefrom to become resistant to glyphosate and the herbicidal salts thereof.

Detailed Description of the Invention

Suitable plants for the practice of the present invention include, but are not limited to, soybean, cotton, alfalfa, canola, flax, tomato, sugar beet, sunflower, potato, tobacco, corn, wheat, rice and lettuce.

A purposive construction therefore recognizes that the invention will be practised in plants regenerated from the patented cells, whether the plants are located inside or outside a laboratory. It is difficult to imagine a more likely or more evident purpose for patenting “a method of genetically transforming plant cells which causes the cells and plants regenerated therefrom to become resistant to glyphosate” (trial judgment, para. 20 (emphasis added)).

More particularly, the patented claims are for:

1. A chimeric gene: this is a gene that does not exist in nature and is constructed from different species.
2. An expression vector: this is a DNA molecule into which another DNA segment has been

fonction de l'ensemble de la divulgation, y compris le mémoire descriptif : *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504. En l'espèce, la divulgation est divisée ainsi :

[TRADUCTION]

Abrégé

Les cellules végétales transformées au moyen de ces gènes et les plantes régénérées à partir de celles-ci démontrent un niveau important de résistance au glyphosate.

Objectif de l'invention

La présente invention a pour but de fournir une méthode pour l'obtention de cellules végétales génétiquement modifiées, qui rend ces cellules et les plants produits à partir de celles-ci résistants au glyphosate et à ses sels herbicides.

Description détaillée de l'invention

Parmi les plantes auxquelles peut être appliquée la présente invention, il y a notamment le soja, le coton, la luzerne, le canola, le lin, la tomate, la betterave à sucre, le tournesol, la pomme de terre, le tabac, le maïs, le blé, le riz et la laitue.

L'interprétation téléologique reconnaît donc que l'invention s'appliquera aux plantes régénérées à partir des cellules brevetées, indépendamment de la question de savoir si ces plantes se trouvent à l'intérieur ou à l'extérieur d'un laboratoire. Il est difficile de concevoir une raison plus vraisemblable ou évidente de breveter « une méthode pour l'obtention de cellules végétales génétiquement modifiées, qui rend ces cellules et les plants produits à partir de celles-ci résistants au glyphosate » (jugement de première instance, par. 20 (nous soulignons)).

Plus précisément, les revendications du brevet visent :

1. Un gène chimère : ce gène n'existe pas dans la nature et est construit à partir de différentes espèces.
2. Un vecteur d'expression : ce vecteur est une molécule d'ADN dans laquelle on a introduit

integrated so as to be useful as a research tool.

3. A plant transformation vector: used to permanently insert a chimeric gene into a plant's own DNA.
4. Various species of plant cells into which the chimeric gene has been inserted.
5. A method of regenerating a glyphosate-resistant plant. Once the cell is stimulated to grow into a plant, all of the differentiated cells in the plant will contain the chimeric gene, which will be passed on to offspring of the plant.

21 The appellant Schmeiser argues that the subject matter claimed in the patent is unpatentable. While acknowledging that Monsanto claims protection only over a gene and a cell, Schmeiser contends that the result of extending such protection is to restrict use of a plant and a seed. This result, the argument goes, ought to render the subject matter unpatentable, following the reasoning of the majority of this Court in *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76 (“*Harvard Mouse*”). In that case, plants and seeds were found to be unpatentable “higher life forms”.

22 This case is different from *Harvard Mouse*, where the patent refused was for a mammal. The Patent Commissioner, moreover, had allowed other claims, which were not at issue before the Court in that case, notably a plasmid and a somatic cell culture. The claims at issue in this case, for a gene and a cell, are somewhat analogous, suggesting that to find a gene and a cell to be patentable is in fact consistent with both the majority and the minority holdings in *Harvard Mouse*.

23 Further, all members of the Court in *Harvard Mouse* noted in *obiter* that a fertilized, genetically

un autre segment d'ADN afin de pouvoir l'utiliser comme outil de recherche.

3. Un vecteur de transformation des plantes : ce vecteur sert à insérer de façon permanente un gène chimère dans l'ADN d'une plante.
4. Diverses espèces de cellules végétales dans lesquelles le gène chimère a été inséré.
5. Une méthode de régénération d'une plante résistant au glyphosate. Dès que la cellule est stimulée pour devenir une plante, toutes les cellules différencieront de la plante contiennent le gène chimère, qui sera transmis à la descendance de la plante.

L'appelant Schmeiser fait valoir que l'objet revendiqué dans le brevet n'est pas brevetable. Tout en reconnaissant que Monsanto revendique une protection uniquement à l'égard d'un gène et d'une cellule, M. Schmeiser prétend que l'application de cette protection a pour effet de restreindre l'utilisation d'une plante ou d'une semence. Ce résultat, ajoute-t-il, rend l'objet non brevetable, selon le raisonnement majoritaire de l'arrêt *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76 (« *souris de Harvard* »). Dans cet arrêt, la Cour a statué que les plantes et les semences sont des « formes de vie supérieures » non brevetables.

La présente affaire est différente de celle de la *souris de Harvard*, où le brevet refusé concernait un mammifère. Le commissaire aux brevets avait, en outre, accueilli d'autres revendications — dont la Cour n'a pas été saisie dans cette affaire — ayant trait notamment à un plasmide et à une culture de cellules somatiques. Les revendications concernant un gène et une cellule qui sont en litige dans la présente affaire sont quelque peu analogues, ce qui laisse croire que la conclusion qu'un gène et une cellule sont brevetables est, en fait, conforme tant aux motifs majoritaires qu'aux motifs dissidents de l'arrêt relatif à la *souris de Harvard*.

De plus, dans l'arrêt relatif à la *souris de Harvard*, tous les juges ont souligné, dans une remarque

altered oncomouse egg would be patentable subject matter, regardless of its ultimate anticipated development into a mouse (at para. 3, *per* Binnie J. for the minority; at para. 162, *per* Bastarache J. for the majority).

Whether or not patent protection for the gene and the cell extends to activities involving the plant is not relevant to the patent's validity. It relates only to the factual circumstances in which infringement will be found to have taken place, as we shall explain below. Monsanto's patent has already been issued, and the onus is thus on Schmeiser to show that the Commissioner erred in allowing the patent: *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, 2002 SCC 77, at paras. 42-44. He has failed to discharge that onus. We therefore conclude that the patent is valid.

B. Did Schmeiser "Make" or "Construct" the Patented Gene and Cell, Thus Infringing the Patent?

The *Patent Act* confers on the patent owner "the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used" (s. 42). Monsanto argues that when Schmeiser planted and cultivated Roundup Ready Canola seed, he necessarily infringed their patent by making the gene or cell.

We are not inclined to the view that Schmeiser "made" the cell within the meaning of s. 42 of the *Patent Act*. Neither Schmeiser nor his corporation created or constructed the gene, the expression vector, a plant transformation vector, or plant cells into which the chimeric gene has been inserted.

It is unnecessary, however, to express a decided opinion on this point, since we have in any event concluded that Schmeiser infringed s. 42 by "using" the patented cell and gene.

incidente, qu'un œuf d'oncosouris fécondé et génétiquement modifié serait brevetable, indépendamment de toute prévision qu'il deviendra, en fin de compte, une souris (par. 3, le juge Binnie au nom des juges dissidents; par. 162, le juge Bastarache au nom des juges majoritaires).

La question de savoir si la protection par brevet du gène et de la cellule s'étend aux activités mettant en cause la plante n'est pas pertinente pour décider de la validité du brevet. Comme nous l'expliquerons plus loin, elle ne concerne que les circonstances factuelles dans lesquelles on constatera qu'il y a eu contrefaçon. Le brevet de Monsanto a déjà été délivré, et il incombe à M. Schmeiser de démontrer que le commissaire a commis une erreur en accueillant la demande de brevet : *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, 2002 CSC 77, par. 42-44. Il ne s'est pas acquitté de ce fardeau de preuve. Nous concluons donc que le brevet est valide.

B. Monsieur Schmeiser a-t-il contrefait le brevet par la « fabrication » ou la « construction » du gène et de la cellule brevetés?

La *Loi sur les brevets* confère au propriétaire du brevet « le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention » (art. 42). Monsanto fait valoir qu'au moment où il a semé et cultivé du canola Roundup Ready, M. Schmeiser a alors fabriqué le gène ou la cellule et a ainsi forcément contrefait son brevet.

Nous ne sommes pas portés à croire que M. Schmeiser a « fabriqué » la cellule au sens de l'art. 42 de la *Loi sur les brevets*. Ni M. Schmeiser ni sa société n'ont créé ou construit le gène, le vecteur d'expression, un vecteur de transformation de plantes ou des cellules végétales dans lesquelles le gène chimérique a été inséré.

Il n'est cependant pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive à cet égard puisque, de toute façon, nous avons conclu que M. Schmeiser avait enfreint l'art. 42 en « exploitant » la cellule et le gène brevetés.

24

25

26

27

C. *Did Schmeiser “Use” the Patented Gene or Cell, Thus Infringing the Patent?*

(1) The Law on “Use”

28 The central question on this appeal is whether Schmeiser, by collecting, saving and planting seeds containing Monsanto’s patented gene and cell, “used” that gene and cell.

29 The onus of proving infringement lies on the plaintiff, Monsanto.

30 Infringement is generally a question of fact (see *Whirlpool, supra*). In most patent infringement cases, once the claim has been construed it is clear on the facts whether infringement has taken place: one need only compare the thing made or sold by the defendant with the claims as construed. Patent infringement cases that turn on “use” are more unusual. In those rare cases where a dispute arises on this issue, as in this case, judicial interpretation of the meaning of “use” in s. 42 of the Act may be required.

31 Determining the meaning of “use” under s. 42 is essentially a matter of statutory construction. The starting point is the plain meaning of the word, in this case “use” or “exploiter”. *The Concise Oxford Dictionary* defines “use” as “cause to act or serve for a purpose; bring into service; avail oneself of”: *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995), at p. 1545. This denotes utilization for a purpose. The French word “exploiter” is even clearer. It denotes utilization with a view to production or advantage: “*tirer parti de (une chose), en vue d’une production ou dans un but lucratif. [. . .] Utiliser d’une manière avantageuse*”: *Le Nouveau Petit Robert* (2003), at p. 1004.

32 Three well-established rules or practices of statutory interpretation assist us further. First, the inquiry

C. *Monsieur Schmeiser a-t-il contrefait le brevet par l’« exploitation » du gène ou de la cellule brevetés?*

(1) Le droit en matière d’« exploitation »

La question centrale dans le présent pourvoi est de savoir si, en récoltant, en conservant et en semant des graines contenant le gène et la cellule brevetés de Monsanto, M. Schmeiser a « exploité » ce gène et cette cellule.

Il incombe à la demanderesse Monsanto de prouver qu’il y a eu contrefaçon.

La contrefaçon est généralement une question de fait (voir l’arrêt *Whirlpool*, précité). Dans la plupart des affaires de contrefaçon de brevet, les faits indiquent clairement s’il y a eu contrefaçon, une fois que la revendication a été interprétée : il suffit de comparer la chose fabriquée ou vendue par le défendeur avec les revendications interprétées. Les affaires de contrefaçon de brevet dans lesquelles il est question d’« exploitation » sont plus inhabituelles. Dans les rares cas, comme en l’espèce, où cette question se pose, il peut se révéler nécessaire d’interpréter judiciairement le verbe « exploiter » qui figure à l’art. 42 de la Loi.

La détermination du sens du verbe « exploiter » figurant à l’art. 42 est essentiellement affaire d’interprétation législative. Il faut d’abord établir le sens ordinaire du verbe « exploiter » ou « use » dont il est question en l’espèce. Le sens du verbe « exploiter » est très clair. Il connote une utilisation en vue d’une production ou dans le but de tirer un avantage : « tirer parti de (une chose), en vue d’une production ou dans un but lucratif. [. . .] Utiliser d’une manière avantageuse » (*Le Nouveau Petit Robert* (2003), p. 1004). De même, le *Concise Oxford Dictionary* donne une définition claire du verbe « use » : « cause to act or serve for a purpose; bring into service; avail oneself of » (*The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9^e éd. 1995), p. 1545). Le verbe « use » connote une utilisation dans un but particulier.

Le recours à trois règles ou pratiques bien établies en matière d’interprétation législative peut

into the meaning of “use” under the *Patent Act* must be purposive, grounded in an understanding of the reasons for which patent protection is accorded. Second, the inquiry must be contextual, giving consideration to the other words of the provision. Finally, the inquiry must be attentive to the wisdom of the case law. We will discuss each of these aids to interpretation briefly, and then apply them to the facts of this case.

We return first to the rule of purposive construction. Identifying whether there has been infringement by use, like construing the claim, must be approached by the route of purposive construction: *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66. “[P]urposive construction is capable of expanding or limiting a literal [textual claim]”: *Whirlpool, supra*, at para. 49. Similarly, it is capable of influencing what amounts to “use” in a given case.

The purpose of s. 42 is to define the exclusive rights granted to the patent holder. These rights are the rights to full enjoyment of the monopoly granted by the patent. Therefore, what is prohibited is “any act that interferes with the full enjoyment of the monopoly granted to the patentee”: H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), at p. 349; see also *Lishman v. Erom Roche Inc.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 72 (F.C.T.D.), at p. 77.

The guiding principle is that patent law ought to provide the inventor with “protection for that which he has actually in good faith invented”: *Free World Trust, supra*, at para. 43. Applied to “use”, the question becomes: did the defendant’s activity deprive the inventor in whole or in part, directly or indirectly, of full enjoyment of the monopoly conferred by law?

A purposive approach is complemented by a contextual examination of s. 42 of the *Patent Act*,

également se révéler utile. Premièrement, l’interprétation du verbe « exploiter » figurant dans la *Loi sur les brevets* doit être téléologique et fondée sur la compréhension des raisons pour lesquelles la protection par brevet est accordée. Deuxièmement, l’interprétation doit être contextuelle, en ce sens qu’elle doit tenir compte des autres termes de la disposition. Enfin, elle doit tenir compte de l’apport de la jurisprudence. Nous analyserons brièvement chacun de ces outils d’interprétation pour ensuite les appliquer aux faits de la présente affaire.

Revenons d’abord à la règle de l’interprétation téléologique. L’interprétation téléologique (ou fondée sur l’objet visé) applicable à la revendication du brevet s’impose également pour déterminer s’il y a eu contrefaçon par exploitation (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66). « L’interprétation téléologique est susceptible d’élargir ou de limiter la portée [du] texte [d’une revendication] » (*Whirlpool*, précité, par. 49). De même, elle est susceptible d’influer sur ce qui constitue une « exploitation » dans une affaire donnée.

L’article 42 a pour objet de définir les droits exclusifs du titulaire d’un brevet, à savoir le droit à la pleine jouissance du monopole conféré par le brevet. Par conséquent, l’interdiction s’applique à [TRADUCTION] « tout acte qui nuit à la pleine jouissance du monopole conféré au titulaire du brevet », s’il est accompli sans le consentement de ce dernier (H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4^e éd. 1969), p. 349; voir également *Lishman c. Erom Roche Inc.*, [1996] A.C.F. n° 560 (QL) (1^{re} inst.), par. 16).

Le principe directeur est que le droit des brevets doit accorder à l’inventeur « l’exclusivité de ce qu’il a inventé de bonne foi » : *Free World Trust*, précité, par. 43. En ce qui concerne le verbe « exploiter », la question devient la suivante : les activités du défendeur ont-elles privé l’inventeur, en tout ou en partie, directement ou indirectement, de la pleine jouissance du monopole conféré par la loi?

L’interprétation téléologique est complétée par l’examen contextuel de l’art. 42 de la *Loi sur les*

33

34

35

36

which shows that the patentee's monopoly generally protects its business interests. Professor D. Vaver, in *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), suggests that the common thread among "making, constructing and using the invention and selling it to others to be used" . . . is that the activity is usually for commercial purposes — to make a profit or to further the actor's business interests" (p. 151). This is particularly consistent with the French version of s. 42, which uses the word "exploiter".

brevets, qui démontre que le monopole conféré protège généralement les intérêts commerciaux du titulaire du brevet. Dans l'ouvrage intitulé *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), le professeur D. Vaver indique que le dénominateur commun qui existe entre [TRADUCTION] « "fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention" [. . .] est que chacun de ces actes est généralement accompli dans un but commercial, c'est-à-dire pour réaliser un profit ou pour servir les intérêts commerciaux de son auteur » (p. 151). Cette interprétation est particulièrement compatible avec le terme « exploiter » utilisé à l'art. 42.

37 As a practical matter, inventors are normally deprived of the fruits of their invention and the full enjoyment of their monopoly when another person, without licence or permission, uses the invention to further a business interest. Where the defendant's impugned activities furthered its own commercial interests, we should therefore be particularly alert to the possibility that the defendant has committed an infringing use.

En pratique, l'inventeur est normalement privé des fruits de son invention et de la pleine jouissance de son monopole lorsqu'une autre personne exploite l'invention en question à des fins commerciales, sans avoir préalablement obtenu une licence ou une autorisation en ce sens. Par conséquent, lorsque les activités contestées du défendeur ont servi ses propres intérêts commerciaux, nous devons être particulièrement conscients de la possibilité qu'il se soit livré à une exploitation contrefaisante.

38 With respect for the contrary view of Arbour J., this does not require inventors to describe in their specifications a commercial advantage or utility for their inventions. Even in the absence of commercial exploitation, the patent holder is entitled to protection. However, a defendant's commercial activities involving the patented object will be particularly likely to constitute an infringing use. This is so because if there is a commercial benefit to be derived from the invention, a contextual analysis of s. 42 indicates that it belongs to the patent holder. The contextual analysis of the section thus complements — and confirms — the conclusion drawn from its purposive analysis. It is the reverse side of the same coin.

En toute déférence pour le point de vue contraire exprimé par la juge Arbour, cela n'oblige pas l'inventeur à décrire, dans son mémoire, l'avantage ou l'utilité de son invention sur le plan commercial. Même en l'absence d'exploitation commerciale, le titulaire du brevet a le droit d'être protégé. Cependant, les activités commerciales d'un défendeur qui mettent en cause l'objet breveté sont particulièrement susceptibles de constituer une exploitation contrefaisante. Cela s'explique par le fait que, selon une analyse contextuelle de l'art. 42, tout avantage commercial qui peut découler de l'invention appartient au titulaire du brevet. Par conséquent, l'analyse contextuelle de cet article complète — et confirme — la conclusion à laquelle a donné lieu l'analyse téléologique dont il a été l'objet. Elle représente l'autre côté de la médaille.

39 We turn now to the case law, the third aid to interpretation. Here we derive guidance from what courts in the past have considered to be use. As we shall see, precedent confirms the approach proposed

Nous examinerons maintenant la jurisprudence, qui est le troisième outil d'interprétation. À cet égard, nous nous inspirons de ce que les tribunaux ont considéré, dans le passé, comme étant une

above and it is of assistance as well in resolving some of the more specific questions raised by this case.

First, case law provides guidance as to whether patent protection extends to situations where the patented invention is contained within something else used by the defendant. This is relevant to the appellants' submission that growing plants did not amount to "using" their patented genes and cells.

Patent infringement actions often proceed in a manufacturing context. Case law has for that reason focussed on situations where a patented part or process plays a role in production. As Professor Vaver states, *supra*, at p. 152:

"Use" applies both to patented products and processes, and also to their output. A patent that covers a zipper-making machine or method extends to zippers made by the machine or method. Each zipper sold without authority infringes the patent, even if the zippers themselves are unpatented. This expansive doctrine applies, however, only if the patent plays an important part in production.

By analogy, then, the law holds that a defendant infringes a patent when the defendant manufactures, seeks to use, or uses a patented part that is contained within something that is not patented, provided the patented part is significant or important. In the case at bar, the patented genes and cells are not merely a "part" of the plant; rather, the patented genes are present throughout the genetically modified plant and the patented cells compose its entire physical structure. In that sense, the cells are somewhat analogous to Lego blocks: if an infringing use were alleged in building a structure with patented Lego blocks, it would be no bar to a finding of infringement that only the blocks were patented and not the entire structure. If anything, the fact that the Lego structure could not exist independently of the patented blocks would strengthen the claim, underlining the significance of the

exploitation. Nous constaterons que la jurisprudence confirme l'interprétation proposée plus haut dans les présents motifs et aide aussi à répondre à certaines questions plus précises soulevées en l'espèce.

Premièrement, la jurisprudence est utile pour décider si la protection par brevet s'applique dans les cas où l'invention brevetée fait partie d'une autre chose exploitée par le défendeur. Elle est utile pour trancher l'argument des appellants selon lequel cultiver des plantes n'équivale pas à en « exploiter » les gènes et cellules brevetés.

Les actions pour contrefaçon de brevet émanent souvent du secteur des produits manufacturés. C'est pourquoi la jurisprudence porte principalement sur des situations où un élément ou un procédé breveté joue un rôle dans la production. Comme l'affirme le professeur Vaver, *op. cit.*, p. 152 :

[TRADUCTION] « Exploiter » s'applique à la fois aux produits et aux procédés brevetés, ainsi qu'à leurs dérivés. Un brevet qui protège une machine ou méthode servant à fabriquer des fermetures éclair s'applique également aux fermetures éclair que permet de fabriquer la machine ou la méthode en question. Chaque fermeture éclair vendue sans autorisation contrefait le brevet, même si les fermetures éclair elles-mêmes ne sont pas brevetées. Cette règle ayant une portée large n'est toutefois applicable que si le brevet joue un rôle important dans la production.

Par analogie, la loi considère donc qu'un défendeur contrefait un brevet s'il fabrique, cherche à exploiter ou exploite un élément breveté contenu dans une chose non brevetée, à condition que l'élément breveté soit important. En l'espèce, les gènes et cellules brevetés ne sont pas simplement un « élément » de la plante; au contraire, les gènes brevetés sont présents dans toute la plante génétiquement modifiée, dont toute la structure physique est formée des cellules brevetées. C'est en ce sens que les cellules ressemblent quelque peu à des blocs Lego : si on alléguait que la construction d'une structure à l'aide de blocs Lego brevetés constitue une exploitation contrefaisante, le fait que seuls les blocs ont été brevetés et non toute la structure n'empêcherait pas de conclure à l'existence de contrefaçon. Au contraire, le fait que la structure Lego ne peut pas exister indépendamment des blocs brevetés renforcerait

40

41

42

patented invention to the whole product, object, or process.

43 Infringement through use is thus possible even where the patented invention is part of, or composes, a broader unpatented structure or process. This is, as Professor Vaver states, an expansive rule. It is, however, firmly rooted in the principle that the main purpose of patent protection is to prevent others from depriving the inventor, even in part and even indirectly, of the monopoly that the law intends to be theirs: only the inventor is entitled, by virtue of the patent and as a matter of law, to the full enjoyment of the monopoly conferred.

44 Thus, in *Saccharin Corp. v. Anglo-Continental Chemical Works, Ltd.* (1900), 17 R.P.C. 307 (H.C.J.), the court stated, at p. 319:

By the sale of saccharin, in the course of the production of which the patented process is used, the Patentee is deprived of some part of the whole profit and advantage of the invention, and the importer is indirectly making use of the invention.

This confirms the centrality of the question that flows from a purposive interpretation of the *Patent Act*: did the defendant, by his acts or conduct, deprive the inventor, in whole or in part, directly or indirectly, of the advantage of the patented invention?

45 In determining whether the defendant “used” the patented invention, one compares the object of the patent with what the defendant did and asks whether the defendant’s actions involved that object. In *Betts v. Neilson* (1868), L.R. 3 Ch. App. 429 (aff’d (1871), L.R. 5 H.L. 1), the object of the patent was to preserve the contents of bottles in transit. Though the bottles were merely shipped unopened through England, the defendant was held to have used the invention in England because, during its passage through that country, the beer was protected by the invention. Lord Chelmsford said, at p. 439:

l’action, en faisant ressortir l’importance de l’invention brevetée pour l’ensemble du produit, de l’objet ou du procédé en cause.

Il peut donc y avoir contrefaçon par exploitation même dans le cas où l’invention brevetée fait partie ou est une composante d’une structure ou d’un procédé non brevetés plus vastes. Comme l’affirme le professeur Vaver, cette règle a une portée large. Elle est toutefois profondément enracinée dans le principe voulant que la protection par brevet ait principalement pour objet d’empêcher des tiers de priver l’inventeur, ne serait-ce qu’en partie ou indirectement, du monopole que la loi entend lui conférer : seul l’inventeur a droit, en vertu du brevet ou de la loi, à la pleine jouissance du monopole conféré.

Ainsi, dans l’arrêt *Saccharin Corp. c. Anglo-Continental Chemical Works, Ltd.* (1900), 17 R.P.C. 307 (H.C.J.), p. 319, la cour affirme :

[TRADUCTION] En vendant la saccharine produite au moyen du procédé breveté, l’importateur prive le titulaire du brevet d’une partie des profits et avantages globaux de l’invention, et se trouve à exploiter indirectement l’invention.

Cet extrait confirme le caractère crucial de la question découlant de l’interprétation téléologique de la *Loi sur les brevets* : par ses actes ou sa conduite, le défendeur a-t-il privé l’inventeur, en tout ou en partie, directement ou indirectement, des avantages de l’invention brevetée?

Pour déterminer si le défendeur a « exploité » l’invention brevetée, il faut examiner les agissements du défendeur au regard de l’objet du brevet et se demander si ces agissements mettaient effectivement en cause cet objet. Dans l’arrêt *Betts c. Neilson* (1868), L.R. 3 Ch. App. 429 (conf. par (1871), L.R. 5 H.L. 1), l’objet du brevet était la préservation du contenu de bouteilles pendant leur transport. La cour a statué que, même si les bouteilles ne faisaient que transiter par l’Angleterre sans être ouvertes, le défendeur avait exploité l’invention dans ce pays étant donné que, pendant qu’elle y était transportée, la bière était protégée par l’invention. Lord Chelmsford a affirmé, à la p. 439 :

It is the employment of the machine or the article for the purpose for which it was designed which constitutes its active use; and whether the capsules were intended for ornament, or for protection of the contents of the bottles upon which they were placed, the whole time they were in *England* they may be correctly said to be in active use for the very objects for which they were placed upon the bottles by the vendors.

In fact, the patented invention need not be deployed precisely for its intended purpose in order for its object to be involved in the defendant's activity. It was not relevant in *Neilson* whether the invention had actually caused bottles to be preserved during shipping, in a situation in which they would otherwise have broken. As a further example, in *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. British and Colonial Motor Car Co.* (1901), 18 R.P.C. 313 (H.C.J.), the defendants placed on display at a car show a car with patented tires which they had intended to remove prior to sale, substituting other tires. The exhibition of the car with the patented tires was nonetheless held to be an infringing use. The common thread is that the defendants employed the invention to their advantage, depriving the inventor of the full enjoyment of the monopoly.

Moreover, as Lord Dunedin emphasized in *British United Shoe Machinery Co. v. Simon Collier Ld.* (1910), 27 R.P.C. 567 (H.L.), possession as a stand-by has “insurance value”, as for example in the case of a fire extinguisher. The extinguisher is “used” to provide the means for extinguishment should the need arise. This is true, too, of a spare steam engine which is “intended in certain circumstances to be used for exactly the purpose for which the whole machine is being actually used” (p. 572). Exploitation of the stand-by utility of an invention uses it to advantage.

In *Terrell on the Law of Patents* (15th ed. 2000), at para. 8.24, the authors observe that “[t]he word ‘use’ . . . would . . . seem to indicate making practical use of the invention itself.” In some circumstances, “practical use” may arise from the stand-by utility resulting from mere possession of the

[TRADUCTION] C'est l'utilisation de la machine ou de l'article aux fins pour lesquelles ils ont été conçus qui constitue l'utilisation concrète de ceux-ci, et, peu importe que les capsules aient été destinées à orner ou encore à protéger le contenu des bouteilles sur lesquelles elles étaient placées, on peut dire à juste titre que, pendant tout le temps qu'elles se sont trouvées en Angleterre, elles étaient exploitées concrètement dans le but même pour lequel les vendeurs les avaient placées sur les bouteilles.

En fait, il n'est pas nécessaire que l'invention brevetée soit utilisée exactement dans le but pour lequel elle a été conçue pour que l'activité du défendeur en mette en cause l'objet. Dans l'arrêt *Neilson*, il n'importait pas de savoir si l'invention avait effectivement permis de protéger les bouteilles pendant leur transport, étant donné que, sans cette invention, elles auraient cassé. Un autre exemple est l'affaire *Dunlop Pneumatic Tyre Co. c. British and Colonial Motor Car Co.* (1901), 18 R.P.C. 313 (H.C.J.), où les défendeurs avaient présenté, lors d'une exposition de véhicules automobiles, une voiture munie de pneus brevetés qu'elle avait l'intention de remplacer par d'autres pneus avant de vendre la voiture en question. La cour a néanmoins décidé que l'exposition de la voiture munie des pneus brevetés était une exploitation contrefaisante. Le dénominateur commun est le fait que les défendeurs ont tiré avantage de l'invention et privé l'inventeur de la pleine jouissance de son monopole.

De plus, comme lord Dunedin l'a souligné dans l'arrêt *British United Shoe Machinery Co. c. Simon Collier Ld.* (1910), 27 R.P.C. 567 (H.L.), la possession à titre préventif d'un extincteur, par exemple, a une « valeur latente ». L'extincteur est « exploité » pour éteindre les flammes en cas de besoin. Il en est de même d'une machine à vapeur de secours [TRADUCTION] « destinée à être exploitée, dans certaines circonstances, exactement dans le même but que la machine principale » (p. 572). L'exploitation de l'utilité latente d'une invention est un avantage que l'on tire de l'invention.

Dans l'ouvrage intitulé *Terrell on the Law of Patents* (15^e éd. 2000), par. 8.24, les auteurs font remarquer que [TRADUCTION] « [I]l termine “use” [“exploiter”] semble [...] indiquer une exploitation concrète de l'invention même. » Dans certaines circonstances, l'« exploitation concrète » peut émaner

invention, or from some other practical employment with a view to advantage. Use, and thereby infringement, are then established.

49 The general rule is that the defendant's intention is irrelevant to a finding of infringement. The issue is "what the defendant does, not . . . what he intends": *Stead v. Anderson* (1847), 4 C.B. 806, 136 E.R. 724 (C.P.), at p. 736; see also *Hoechst Celanese Corp. v. BP Chemicals Ltd.* (1998), 25 F.S.R. 586 (Pat. Ct.), at p. 598; *Illinois Tool Works Inc. v. Cobra Anchors Co.* (2002), 221 F.T.R. 161, 2002 FCT 829, at paras. 14-17; *Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77 (F.C.A.), at p. 88. And the governing principle is whether the defendant, by his actions, activities or conduct, appropriated the patented invention, thus depriving the inventor, in whole or part, directly or indirectly, of the full enjoyment of the monopoly the patent grants.

50 However, intention becomes relevant where the defence invoked is possession without use. Where the alleged use consists of exploitation of the invention's "stand-by" utility, as discussed above, it is relevant whether the defendant intended to exploit the invention should the need arise.

51 Thus, possession was found to constitute "use" in *Adair v. Young* (1879), 12 Ch. D. 13 (C.A.), where a ship's master was sued for infringement in relation to the presence of patented pumps on his ship. The ship's owners had fitted the ship with the pumps but were not named in the suit. The master had no power to remove the pumps and had never used them to pump water in British waters. However, the court held that the master intended to use the pumps if the need arose. The court thus granted an injunction against use of the pumps to pump water.

52 Similarly, Fox states, *supra*, that "[m]ere possession of a patented article may amount to

de l'utilité latente qui résulte de la simple possession de l'invention, ou de quelque autre utilisation concrète destinée à procurer un avantage. L'exploitation et donc la contrefaçon sont alors établies.

En général, l'intention du défendeur n'est pas pertinente pour conclure à la contrefaçon; la question est de savoir [TRADUCTION] « ce que le défendeur fait, et non ce qu'il entend faire » : *Stead c. Anderson* (1847), 4 C.B. 806, 136 E.R. 724 (C.P.), p. 736; voir aussi *Hoechst Celanese Corp. c. BP Chemicals Ltd.* (1998), 25 F.S.R. 586 (Pat. Ct.), p. 598; *Illinois Tool Works Inc. c. Cobra Fixations Cie*, [2002] A.C.F. n° 1104 (QL), 2002 CFPI 829, par. 14-17; *Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77 (C.A.F.), p. 88. Il faut donc se demander si, par ses actes, ses activités ou sa conduite, le défendeur s'est effectivement arrogé l'invention brevetée et a ainsi privé l'inventeur, en tout ou en partie, directement ou indirectement, de la pleine jouissance du monopole conféré par le brevet.

L'intention devient toutefois pertinente lorsque la possession sans exploitation est invoquée comme moyen de défense. Si, comme nous l'avons vu, l'exploitation alléguée est l'exploitation de l'utilité « latente » de l'invention, il importe de savoir si le défendeur entendait exploiter l'invention si jamais le besoin se faisait sentir.

Ainsi, dans l'arrêt *Adair c. Young* (1879), 12 Ch. D. 13 (C.A.), la cour a décidé que, dans les circonstances, la possession constituait une « exploitation ». Dans cette affaire, le capitaine d'un navire était poursuivi pour contrefaçon en raison de la présence à son bord de pompes brevetées. Les propriétaires du navire avaient pourvu le bateau des pompes, mais n'étaient pas visés par la poursuite. Le capitaine n'avait pas le pouvoir de retirer les pompes et ne les avait jamais exploitées, dans l'espace maritime britannique, pour pomper de l'eau. La cour a cependant conclu que le capitaine entendait utiliser les pompes si jamais le besoin se faisait sentir. La cour a donc accordé une injonction interdisant l'exploitation des pompes pour pomper de l'eau.

De même, Fox, *op. cit.*, p. 383-384, affirme que [TRADUCTION] « [l]a simple possession d'un objet

infringement where such possession is unlicensed and where there is present the intention of user to the detriment of the patentee, but not if there is no intention to use" (pp. 383-84 (emphasis added; footnotes omitted)).

The onus of proving infringement would become impractical and unduly burdensome in cases of possession were the patent holder required to demonstrate the defendant's intention to infringe. As Professor Vaver explains, "[m]ere possession may not be use, but a business that possesses a patented product for trade may be presumed either to have used it or to intend to use it, unless it shows the contrary" (*supra*, at p. 151 (emphasis added)).

The classic case of *British United Shoe*, *supra*, suggests that mere possession of an object containing a patented ingredient or made by a patented process may not amount to "use" if the defendant can show that the object is held without a view to advancing the defendant's interest. The defendant boot maker owned a machine containing a patented mechanism but was held not to have infringed the patent. The defendants did not use the patented part itself, as it was possible not to bring it into operation unless one wanted to do so. The court noted there was no question of the defendants' honesty (they had returned the patented part willingly when legal action commenced). In the court's view, "[t]he patented part . . . was . . . of no use to the Defendants and was put aside by them, and they never thought of using the patented part, nor was it appropriate to their trade" (p. 571). The court stated that there is a rebuttable presumption or "ordinary inference" that a defendant in possession of an invention had either used it or had it for the future purpose of using it in an infringing manner (p. 571).

Commenting on *British United Shoe* in *Pfizer Corp. v. Ministry of Health*, [1965] A.C. 512 (H.L.),

breveté peut constituer de la contrefaçon lorsqu'une telle possession n'est pas autorisée en vertu d'une licence et lorsqu'il y a intention d'exploiter cet objet au détriment des droits du titulaire du brevet, mais non en l'absence d'une telle intention » (nous soulignons; renvois omis).

Le fardeau de prouver la contrefaçon deviendrait irréaliste et trop lourd en matière de possession, si le titulaire du brevet devait démontrer que le défendeur avait l'intention de contrefaire le brevet. Comme l'explique le professeur Vaver, *op. cit.*, p. 151, [TRADUCTION] « [i]l se peut que la simple possession ne constitue pas une exploitation, mais on peut présumer qu'une entreprise qui possède un produit breveté à des fins commerciales a exploité ce produit ou entend le faire, à moins qu'elle ne démontre le contraire » (nous soulignons).

Ainsi, l'arrêt classique *British United Shoe*, précité, indique qu'il se peut que la simple possession d'un objet comportant un élément breveté ou fabriqué au moyen d'un procédé breveté ne constitue pas une « exploitation », si le défendeur est en mesure de démontrer qu'il ne détient pas cet objet dans le but de promouvoir ses intérêts. La défenderesse, un fabricant de bottes, était propriétaire d'une machine comportant un mécanisme breveté, mais la cour a jugé qu'elle n'avait pas contrefait le brevet. La défenderesse n'avait pas exploité la pièce brevetée, puisqu'il était possible de ne pas l'actionner si on ne le voulait pas le faire. La cour a souligné que l'honnêteté de la défenderesse n'était pas en cause (elle avait retourné de son plein gré la pièce brevetée dès l'introduction de l'action en justice). Selon la cour, [TRADUCTION] « [I]la pièce brevetée [. . .] n'était pas utile à la défenderesse, qui l'a retirée, et celle-ci n'a jamais songé à exploiter cette pièce, qui n'était d'ailleurs pas adaptée à son commerce » (p. 571). La cour a ajouté qu'il existe une présomption réfutable ou « inférence normale » que le défendeur en possession d'une invention l'a exploitée ou encore l'avait en sa possession dans le but de l'exploiter éventuellement d'une manière contrefaisante (p. 571).

Commentant l'affaire *British United Shoe* dans l'arrêt *Pfizer Corp. c. Ministry of Health*, [1965]

53

54

55

Lord Wilberforce observed that “if it can positively be proved that the possession was innocent of any actual use or intention to use, the defendant will not be held to have infringed” (p. 572). Possession requires an “additional ingredient” to make up an infringement (p. 572). In *Pfizer*, according to Lord Wilberforce, use arose from the transportation of patented articles (possession) with a view to trade (the additional ingredient). Where the patent holder shows that the defendant possessed the patented invention, it is up to the defendant to show the absence of the “additional ingredient”.

56 Thus, a defendant in possession of a patented invention in commercial circumstances may rebut the presumption of use by bringing credible evidence that the invention was neither used, nor intended to be used, even by exploiting its stand-by utility.

57 The court does not inquire into whether the patented invention in fact assisted the defendant or increased its profits. This is the natural corollary of the finding in *Neilson, supra*, that it was not relevant to infringement whether the beer actually was preserved by the invention, and the finding in *Adair, supra*, that it was irrelevant whether the ship’s master had profited from the presence of the pumps on the ship. The defendant’s benefit or profit from the activity may be relevant at the stage of remedy, but not in determining infringement.

58 These propositions may be seen to emerge from the foregoing discussion of “use” under the *Patent Act*:

1. “Use” or “exploiter”, in their ordinary dictionary meaning, denote utilization with a view to production or advantage.
2. The basic principle in determining whether the defendant has “used” a patented invention

A.C. 512 (H.L.), lord Wilberforce a fait observer que, [TRADUCTION] « si on peut prouver de manière irréfutable que la possession n’était pas assortie d’une exploitation véritable ou de l’intention d’exploiter, le défendeur ne sera pas jugé coupable de contrefaçon » (p. 572). La possession doit être assortie d’un « élément additionnel » pour qu’il y ait contrefaçon (p. 572). Dans l’arrêt *Pfizer*, lord Wilberforce a considéré que l’exploitation résultait du transport des articles brevetés (possession) dans le but d’en faire le commerce (l’élément additionnel). Lorsque le titulaire du brevet démontre que le défendeur avait en sa possession l’invention brevetée, il appartient au défendeur de démontrer l’absence d’« élément additionnel ».

Ainsi, le défendeur qui, dans le cadre d’un commerce, a en sa possession une invention brevetée peut réfuter la présomption d’exploitation en présentant une preuve crédible qu’il n’a ni exploité ni eu l’intention d’exploiter cette invention, même par l’exploitation de son utilité latente.

La cour ne se demande pas si l’invention brevetée a, dans les faits, aidé le défendeur ou lui a permis d’augmenter ses profits. Il s’agit là du corollaire naturel de la conclusion tirée dans l’arrêt *Neilson*, précité, selon laquelle, pour déterminer s’il y avait eu contrefaçon, il n’était pas utile de savoir si la bière avait effectivement été protégée par l’invention, et de la conclusion tirée dans l’arrêt *Adair*, précité, selon laquelle il n’était pas utile de savoir si le capitaine du navire avait tiré profit de la présence des pompes à son bord. L’avantage ou le profit que le défendeur a tiré de l’activité peut être pertinent lorsqu’il est question de réparation, mais non lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a eu contrefaçon.

On peut considérer que ces propositions émanent de l’analyse précédente du verbe « exploiter » figurant dans la *Loi sur les brevets* :

1. Selon leur sens lexicographique ordinaire, les verbes « exploiter » et « use » connotent une utilisation en vue d’une production ou dans le but de tirer un avantage.
2. Le principe fondamental qui s’applique pour déterminer si le défendeur a « exploité » une

is whether the inventor has been deprived, in whole or in part, directly or indirectly, of the full enjoyment of the monopoly conferred by the patent.

3. If there is a commercial benefit to be derived from the invention, it belongs to the patent holder.
4. It is no bar to a finding of infringement that the patented object or process is a part of or composes a broader unpatented structure or process, provided the patented invention is significant or important to the defendant's activities that involve the unpatented structure.
5. Possession of a patented object or an object incorporating a patented feature may constitute "use" of the object's stand-by or insurance utility and thus constitute infringement.
6. Possession, at least in commercial circumstances, raises a rebuttable presumption of "use".
7. While intention is generally irrelevant to determining whether there has been "use" and hence infringement, the absence of intention to employ or gain any advantage from the invention may be relevant to rebutting the presumption of use raised by possession.

(2) Application of the Law

The trial judge's findings of fact are based, essentially, on the following uncontested history.

Mr. Schmeiser is a conventional, non-organic farmer. For years, he had a practice of saving and developing his own seed. The seed which is the subject of Monsanto's complaint can be traced to a 370-acre field, called field number 1, on which Mr. Schmeiser grew canola in 1996. In 1996 five other canola growers in Mr. Schmeiser's area planted Roundup Ready Canola.

invention brevetée consiste à se demander si l'inventeur a été privé, en tout ou en partie, directement ou indirectement, de la pleine jouissance du monopole conféré par le brevet.

3. Tout avantage commercial qui peut découler de l'invention appartient au titulaire du brevet.
4. Il est possible de conclure à l'existence de contrefaçon même si l'objet ou le procédé breveté fait partie ou est une composante d'une structure ou d'un procédé non brevetés plus vastes, pourvu que l'invention brevetée soit importante pour les activités du défendeur qui mettent en cause la structure non brevetée.
5. La possession d'un objet breveté ou d'un objet ayant une particularité brevetée peut constituer une « exploitation » de l'utilité latente de cet objet et ainsi constituer de la contrefaçon.
6. La possession, du moins dans le cadre d'un commerce, donne naissance à une présomption d'« exploitation » réfutable.
7. Bien qu'en général l'intention ne soit pas pertinente pour déterminer s'il y a eu « exploitation » et donc contrefaçon, l'absence d'intention d'utiliser l'invention ou d'en tirer un avantage peut être pertinente pour réfuter la présomption d'exploitation découlant de la possession.

(2) Application du droit

Les conclusions de fait du juge de première instance reposent essentiellement sur l'historique non contesté suivant.

59

Monsieur Schmeiser pratique l'agriculture traditionnelle non biologique. Pendant de nombreuses années, il a pris l'habitude de conserver et de cultiver ses propres semences. On peut constater la présence des semences visées par la plainte de Monsanto dans un champ de 370 acres, appelé le champ n° 1, où M. Schmeiser a cultivé du canola en 1996. En 1996, cinq autres producteurs de canola de la même région que M. Schmeiser ont planté du canola Roundup Ready.

60

- 61 In the spring of 1997, Mr. Schmeiser planted the seeds saved on field number 1. The crop grew. He sprayed a three-acre patch near the road with Roundup and found that approximately 60 percent of the plants survived. This indicates that the plants contained Monsanto's patented gene and cell.
- 62 In the fall of 1997, Mr. Schmeiser harvested the Roundup Ready Canola from the three-acre patch he had sprayed with Roundup. He did not sell it. He instead kept it separate, and stored it over the winter in the back of a pick-up truck covered with a tarp.
- 63 A Monsanto investigator took samples of canola from the public road allowances bordering on two of Mr. Schmeiser's fields in 1997, all of which were confirmed to contain Roundup Ready Canola. In March 1998, Monsanto visited Mr. Schmeiser and put him on notice of its belief that he had grown Roundup Ready Canola without a licence. Mr. Schmeiser nevertheless took the harvest he had saved in the pick-up truck to a seed treatment plant and had it treated for use as seed. Once treated, it could be put to no other use. Mr. Schmeiser planted the treated seed in nine fields, covering approximately 1,000 acres in all.
- 64 Numerous samples were taken, some under court order and some not, from the canola plants grown from this seed. Moreover, the seed treatment plant, unbeknownst to Mr. Schmeiser, kept some of the seed he had brought there for treatment in the spring of 1998, and turned it over to Monsanto. A series of independent tests by different experts confirmed that the canola Mr. Schmeiser planted and grew in 1998 was 95 to 98 percent Roundup resistant. Only a grow-out test by Mr. Schmeiser in his yard in 1999 and by Mr. Freisen on samples supplied by Mr. Schmeiser did not support this result.
- Au printemps 1997, M. Schmeiser a semé les graines du champ n° 1, qu'il avait conservées. Des plantes ont poussé. Il a pulvérisé du Roundup sur une parcelle de trois acres située en bordure de la route et a constaté qu'environ 60 pour 100 des plantes avaient survécu, ce qui indique que ces plantes contenaient le gène et la cellule brevetés de Monsanto.
- À l'automne 1997, M. Schmeiser a récolté le canola Roundup Ready se trouvant sur la parcelle de trois acres qu'il avait pulvérisée de Roundup. Il ne l'a pas vendu. Il a préféré le conserver séparément et l'a entreposé pour l'hiver à l'arrière d'une camionnette recouverte d'une bâche.
- En 1997, un enquêteur de Monsanto a prélevé des échantillons de canola dans les réserves routières contiguës à deux champs de M. Schmeiser. Des tests ont révélé qu'ils contenaient tous du canola Roundup Ready. En mars 1998, Monsanto a rendu visite à M. Schmeiser et l'a avisé qu'elle croyait qu'il avait cultivé sans licence du canola Roundup Ready. Monsieur Schmeiser a néanmoins apporté les graines entreposées dans sa camionnette à une usine de traitement des semences, où elles ont été traitées afin de servir à l'ensemencement, ce qui les rendait inaptes à tout autre usage. Monsieur Schmeiser a ensuite semé les graines traitées dans neuf champs d'une superficie totale d'environ 1 000 acres.
- De nombreux échantillons ont été prélevés, dont certains en vertu d'une ordonnance judiciaire, sur les plantes de canola provenant de ces graines de semence. De plus, l'usine de traitement des semences a, à l'insu de M. Schmeiser, conservé des échantillons des graines qu'il y avait apportées aux fins de traitement au printemps 1998, et les a remises à Monsanto. Une série de tests indépendants effectués par divers experts a démontré que 95 à 98 pour 100 du canola planté et cultivé par M. Schmeiser en 1998 était résistant au Roundup. Seuls les tests de croissance que M. Schmeiser a effectués dans son champ en 1999 et les tests de croissance effectués sur les échantillons que M. Schmeiser a fournis à M. Freisen n'étaient pas ce résultat.

Dr. Downey testified that the high rate of post-Roundup spraying survival in the 1997 samples was "consistent only with the presence in field number 2 of canola grown from commercial Roundup tolerant seed" (trial judgment, at para. 112). According to Dr. Dixon, responsible for the testing by Monsanto US at St. Louis, the "defendants' samples contain[ed] the DNA sequences claimed in claims 1, 2, 5, and 6 of the patent and the plant cell claimed in claims 22, 23, 27, 28 and 45 of the patent" (trial judgment, at para. 113). As the trial judge noted, this opinion was uncontested.

The remaining question was how such a pure concentration of Roundup Ready Canola came to grow on the appellants' land in 1998. The trial judge rejected the suggestion that it was the product of seed blown or inadvertently carried onto the appellants' land (at para. 118):

It may be that some Roundup Ready seed was carried to Mr. Schmeiser's field without his knowledge. Some such seed might have survived the winter to germinate in the spring of 1998. However, I am persuaded by evidence of Dr. Keith Downey . . . that none of the suggested sources could reasonably explain the concentration or extent of Roundup Ready canola of a commercial quality evident from the results of tests on Schmeiser's crop.

He concluded, at para. 120:

I find that in 1998 Mr. Schmeiser planted canola seed saved from his 1997 crop in his field number 2 which he knew or ought to have known was Roundup tolerant, and that seed was the primary source for seeding and for the defendants' crops in all nine fields of canola in 1998.

In summary, it is clear on the findings of the trial judge that the appellants saved, planted, harvested and sold the crop from plants containing the gene and plant cell patented by Monsanto. The

Monsieur Downey a témoigné que le taux de survie élevé des plantes ayant germé après avoir été traitées au Roundup, qui avait été constaté lors des tests effectués sur les échantillons de 1997, « ne s'expliquait que par la présence, dans le champ n° 2, de canola cultivé à partir de semences commerciales résistantes au Roundup » (jugement de première instance, par. 112). Madame Dixon, responsable des tests effectués à St. Louis par Monsanto US, s'est dite d'avis que « les échantillons des défendeurs contenaient les séquences d'ADN revendiquées dans les revendications 1, 2, 5 et 6 du brevet, ainsi que la cellule végétale visée par les revendications 22, 23, 27, 28 et 45 du brevet » (jugement de première instance, par. 113). Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, cet avis n'était pas contesté.

Restait à savoir ce qui expliquait la présence d'une concentration aussi élevée de canola Roundup Ready sur les terres des appellants en 1998. Le juge de première instance a écarté l'idée que cette concentration résultait de la dissémination, soit par le vent soit par inadvertance, de graines sur les terres en question (par. 118) :

Il est possible que des graines Roundup Ready se soient retrouvées dans le champ de M. Schmeiser à son insu. Il est également possible qu'une partie de ces graines aient survécu à l'hiver et aient germé au printemps 1998. Le témoignage de M. Keith Downey [. . .] m'a toutefois persuadé qu'aucune des sources évoquées ne pouvait logiquement expliquer la concentration ou l'ampleur de canola Roundup Ready de qualité commerciale qui a été constatée à la suite des tests réalisés sur les récoltes de M. Schmeiser.

Il a tiré la conclusion suivante (par. 120) :

Je conclus que, en 1998, M. Schmeiser a planté des graines de canola qu'il avait gardées de sa récolte de 1997 dans son champ n° 2 alors qu'il savait ou aurait dû savoir que ces graines étaient résistantes au Roundup. Je conclus également qu'il s'est principalement servi de ces graines pour ensemencer la totalité de ses neuf champs de canola en 1998.

En résumé, il ressort des conclusions du juge de première instance que les appellants ont conservé, semé, récolté et vendu des graines provenant de plantes contenant le gène et la cellule brevetés de

issue is whether this conduct amounted to “use” of Monsanto’s invention — the glyphosate-resistant gene and cell.

69 The preliminary question is whether this conduct falls within the meaning of “use” or “exploiter”. We earlier concluded that these words, taken together, connote utilization with a view to production or advantage. Saving and planting seed, then harvesting and selling the resultant plants containing the patented cells and genes appears, on a common sense view, to constitute “utilization” of the patented material for production and advantage, within the meaning of s. 42.

70 We turn next to whether the other considerations relevant to “use” support this preliminary conclusion.

71 In this regard, the first and fundamental question is whether Monsanto was deprived in whole or in part, directly or indirectly, of the full enjoyment of the monopoly that the patent confers. And the answer is “yes”.

72 Monsanto’s patent gives it a monopoly over the patented gene and cell. The patent’s object is production of a plant which is resistant to Roundup herbicide. Monsanto’s monopoly enabled it to charge a licensing fee of \$15 per acre to farmers wishing to grow canola plants with the patented genes and cells. The appellants cultivated 1030 acres of plants with these patented properties without paying Monsanto for the right to do so. By cultivating a plant containing the patented gene and composed of the patented cells without licence, the appellants thus deprived Monsanto of the full enjoyment of its monopoly.

73 The complementary question is whether the appellants employed or possessed the patented invention in the context of their commercial or business interests. The initial answer must again be “yes”.

Monsanto. La question est de savoir si, en agissant ainsi, ils ont « exploité » l’invention de Monsanto, c’est-à-dire le gène et la cellule résistant au glyphosate.

La question préliminaire est de savoir si cette conduite correspond à la définition du verbe « exploiter » ou « use ». Nous avons déjà conclu que ces verbes, pris ensemble, connotent une utilisation en vue d’une production ou dans le but de tirer un avantage. Le fait de conserver et de mettre en terre des semences contenant les cellules et gènes brevetés et de récolter et de vendre les plantes résultantes paraît logiquement constituer une « utilisation » de la matière brevetée en vue d’une production ou dans le but de tirer un avantage, au sens de l’art. 42.

Voyons maintenant si les autres considérations pertinentes pour déterminer s’il y a eu « exploitation » étaient cette conclusion préliminaire.

À cet égard, la première question fondamentale est de savoir si Monsanto a été privée, en tout ou en partie, directement ou indirectement, de la pleine jouissance du monopole conféré par le brevet. La réponse est oui.

Le brevet confère à Monsanto le monopole du gène et de la cellule brevetés. L’objet du brevet est la production d’une plante résistant à l’herbicide Roundup. Le monopole de Monsanto lui permettait d’exiger le paiement de droits de licence de 15 \$ l’acre par les agriculteurs qui souhaitaient cultiver des plantes de canola contenant les gènes et cellules brevetés. Les appellants ont cultivé 1 030 acres de plantes ayant ces propriétés brevetées, sans avoir payé à Monsanto des droits les autorisant à le faire. En cultivant sans licence une plante contenant le gène breveté et formée des cellules brevetées, les appellants ont privé Monsanto de la pleine jouissance de son monopole.

La question complémentaire est de savoir si les appellants ont utilisé ou eu en leur possession l’invention brevetée dans le cadre de leur entreprise ou commerce. Là encore, la réponse initiale doit être oui.

One of the appellants' businesses was growing canola. It used seeds containing the patented qualities in that business. Subject to the appellants' argument discussed below that they did not use the patented invention itself (whether because they used only the plant or because they did not spray with Roundup), the appellants' involvement with the disputed canola is clearly commercial in nature.

The answers to the two questions of principle that lie at the heart of "use" under the *Patent Act* both thus suggest that the trial judge and the Court of Appeal were correct in finding that the appellants "used" the protected invention and hence infringed Monsanto's patent. It is helpful as well, however, to consider the insights gained from the case law discussed above and their impact on arguments raised against this conclusion.

First, it is suggested that because Monsanto's claims are for genes and cells rather than for plants, it follows that infringement by use will only occur where a defendant uses the genes or cells in their isolated, laboratory form. This argument appears not to have been advanced in any detail at trial or on appeal, but is the position taken by our colleague, Arbour J.

It is uncontested that Monsanto's patented claim is only for the gene and cell that it developed. This, however, is the beginning and not the end of the inquiry. The more difficult question — and the nub of this case — is whether, by cultivating plants containing the cell and gene, the appellants used the patented components of those plants. The position taken by Arbour J. assumes that this inquiry is redundant and that the only way a patent may be infringed is to use the patented invention in isolation.

This position flies in the face of century-old patent law, which holds that where a defendant's commercial or business activity involves a thing

L'une des activités des appellants était la culture de canola. Dans le cadre de cette activité, ils ont utilisé des semences possédant les caractéristiques brevetées. Sous réserve de leur argument — que nous analyserons plus loin — selon lequel ils n'ont pas exploité l'invention brevetée (que ce soit parce qu'ils ont exploité seulement la plante ou parce qu'ils n'ont pas pulvérisé du Roundup), il est clair que l'utilisation, par les appellants, du canola dont il est question en l'espèce est de nature commerciale.

Les réponses aux deux questions de principe qui sont au cœur de l'« exploitation » au sens de la *Loi sur les brevets* indiquent donc, dans les deux cas, que le juge de première instance et la Cour d'appel ont eu raison de conclure que les appellants ont « exploité » l'invention protégée et, partant, contrefait le brevet de Monsanto. Cependant, il est également utile de tenir compte des indications fournies par la jurisprudence analysée plus tôt, et de leur incidence sur les arguments avancés à l'encontre de cette conclusion.

Premièrement, on laisse entendre qu'étant donné que les revendications de Monsanto visent des gènes et des cellules et non pas des plantes, seul le défendeur qui exploite les gènes et les cellules isolés en laboratoire se rendra coupable de contrefaçon par exploitation. Cet argument ne paraît avoir été avancé en détail ni en première instance ni en appel, mais il représente le point de vue adopté par notre collègue la juge Arbour.

Personne ne conteste que la revendication brevetée de Monsanto ne vise que le gène et la cellule que celle-ci a mis au point. Cela représente, toutefois, le début et non la fin de l'examen. La question plus difficile, qui est au cœur de la présente affaire, est de savoir si, en cultivant des plantes contenant la cellule et le gène en question, les appellants ont exploité les composantes brevetées de ces plantes. Dans le point de vue qu'elle adopte, la juge Arbour tient pour acquis que cet examen est redondant et que la seule façon de contrefaire un brevet est d'exploiter isolément l'invention brevetée.

Ce point de vue va à l'encontre d'un droit des brevets séculaire, selon lequel il y contrefaçon lorsque les activités commerciales d'un défendeur mettent

74

75

76

77

78

of which a patented part is a significant or important component, infringement is established. It is no defence to say that the thing actually used was not patented, but only one of its components.

79 Professor Vaver, *supra*, observes that this is an “expansive doctrine”. This is so because otherwise the inventor would be deprived of the full enjoyment of the monopoly that the law of patent confers on him or her. It is rare that patented components or processes are used in isolation; without this principle, an infringer could use the invention to his advantage, and take shelter in the excuse that he or she was not using the invention in isolation.

80 Provided the patented invention is a significant aspect of the defendant’s activity, the defendant will be held to have “used” the invention and violated the patent. If Mr. Schmeiser’s activities with Roundup Ready Canola plants amounted to use interfering with Monsanto’s full enjoyment of their monopoly on the gene and cell, those activities infringed the patent. Infringement does not require use of the gene or cell in isolation.

81 Second, Mr. Schmeiser argued at trial that he should not be held to have “used” Monsanto’s invention because he never took commercial advantage of the special utility that invention offered — resistance to Roundup herbicide. He testified that he never used Roundup herbicide as an aid to cultivation. (That he used it in 1996 in his initial gathering of the Roundup Ready seed is clear.)

82 The trial judge dismissed this argument. He pointed out, at para. 122, that it “is the taking of the essence of the invention . . . that constitutes infringement”, and that by growing and selling the Roundup Ready crop Mr. Schmeiser took that invention. Consequently, in the judge’s view, “whether or not that crop was sprayed with Roundup . . . [was] not important” (para. 123).

en cause une chose dont une composante importante est un élément breveté. On ne saurait faire valoir, comme moyen de défense, que seule une composante de la chose que l’on a exploitée était brevetée, et non la chose au complet.

Le professeur Vaver, *op. cit.*, fait remarquer qu’il s’agit d’une [TRADUCTION] « règle ayant une portée large ». S’il en était autrement, l’inventeur serait privé de la pleine jouissance du monopole que le droit des brevets lui confère. Il arrive rarement que des composantes ou procédés brevetés soient exploités isolément; en l’absence de cette règle, un contrefacteur pourrait tirer avantage de l’invention et se protéger en prétextant qu’il ne l’exploitait pas isolément.

Si l’invention brevetée est un aspect important des activités du défendeur, on considérera alors qu’il a « exploité » l’invention et contrefait le brevet. Si ses activités relatives aux plantes de canola Roundup Ready constituent une exploitation ayant privé Monsanto de la pleine jouissance de son monopole du gène et de la cellule, M. Schmeiser a alors contrefait le brevet. Il n’est pas nécessaire d’exploiter isolément le gène et la cellule pour qu’il y ait contrefaçon.

Deuxièmement, M. Schmeiser a soutenu au procès qu’il n’y avait pas lieu de conclure qu’il avait « exploité » l’invention de Monsanto parce qu’il n’a jamais tiré un avantage commercial de son utilité particulière — la résistance à l’herbicide Roundup. Il a témoigné qu’il n’avait jamais pulvérisé de l’herbicide Roundup sur ses cultures. (Il est clair qu’il s’est servi de cet herbicide, en 1996, lors de sa première récolte de semences Roundup Ready.)

Le juge de première instance a rejeté cet argument. Il a souligné, au par. 122, que «[c]est le fait de s’arroger l’essence même d’une invention [...] qui constitue une contrefaçon » et qu’en cultivant, en récoltant et en vendant le canola Roundup Ready en question, M. Schmeiser s’était arrogé cette invention. En conséquence, selon le juge, « le fait que cette récolte ait ou non été traitée au Roundup [...] [était] sans importance » (par. 123).

Perhaps the appellants' failure to spray with Roundup herbicide is a way of attempting to rebut the presumption of use that flows from possession. However, the appellants have failed to rebut the presumption.

Their argument fails to account for the stand-by or insurance utility of the properties of the patented genes and cells. Whether or not a farmer sprays with Roundup herbicide, cultivating canola containing the patented genes and cells provides stand-by utility. The farmer benefits from that advantage from the outset: if there is reason to spray in the future, the farmer may proceed to do so.

Although not directly at issue in this case, cultivating Roundup Ready Canola also presents future revenue opportunities to "brown-bag" the product to other farmers unwilling to pay the licence fee, thus depriving Monsanto of the full enjoyment of their monopoly.

Further, the appellants did not provide sufficient evidence to rebut the presumption of use. It may well be that defendant farmers could rebut the presumption by showing that they never intended to cultivate plants containing the patented genes and cells. They might perhaps prove that the continued presence of the patented gene on their land was accidental and unwelcome, for example, by showing that they acted quickly to arrange for its removal, and that its concentration was consistent with that to be expected from unsolicited "blow-by" canola. Knowledge of infringement is never a necessary component of infringement. However, a defendant's conduct on becoming aware of the presence of the patented invention may assist in rebutting the presumption of use arising from possession.

However, the appellants in this case actively cultivated canola containing the patented invention as part of their business operations. Mr. Schmeiser

83

Il se peut que l'allégation des appellants selon laquelle ils n'ont pas pulvérisé de l'herbicide Roundup représente une tentative de réfuter la présomption d'exploitation découlant de la possession. Ils n'ont cependant pas réussi à réfuter cette présomption.

84

Leur argument ne tient pas compte de l'utilité latente des propriétés des gènes et cellules brevetés. Qu'un agriculteur pulvérise ou non de l'herbicide Roundup, la culture de canola possédant les gènes et cellules brevetés engendre une utilité latente. L'agriculteur profite de cet avantage dès le départ : il lui sera possible de recourir à la pulvérisation si jamais elle se révèle nécessaire.

85

Bien qu'elle ne soit pas directement en cause dans la présente affaire, la culture du canola Roundup Ready offre également à l'agriculteur la possibilité de toucher, à l'avenir, des revenus en fournissant subrepticement le produit à d'autres agriculteurs non disposés à payer les droits de licence, privant ainsi Monsanto de la pleine jouissance de son monopole.

86

En outre, la preuve produite par les appellants n'est pas suffisante pour réfuter la présomption d'exploitation. Il se pourrait qu'en qualité de défendeurs des agriculteurs puissent réfuter cette présomption en démontrant qu'ils n'ont jamais eu l'intention de cultiver des plantes contenant les gènes et cellules brevetés. Ils pourraient prouver que la présence continue du gène breveté sur leur terre était accidentelle et non souhaitée, en démontrant, par exemple, qu'ils ont pris rapidement des mesures pour l'enlever, et que la concentration de ce gène correspondait ainsi à ce qu'on peut s'attendre dans le cas où du canola non sollicité a été transporté par le vent. Pour contrefaire, il n'est pas nécessaire de savoir qu'on contrefait. Cependant, la conduite qu'un défendeur a adoptée après avoir pris connaissance de la présence de l'invention brevetée peut aider à réfuter la présomption d'exploitation découlant de la possession.

87

En l'espèce, les appellants ont toutefois, dans le cadre de leurs activités commerciales, réellement cultivé du canola contenant l'invention.

complained that the original plants came onto his land without his intervention. However, he did not at all explain why he sprayed Roundup to isolate the Roundup Ready plants he found on his land; why he then harvested the plants and segregated the seeds, saved them, and kept them for seed; why he next planted them; and why, through this husbandry, he ended up with 1030 acres of Roundup Ready Canola which would otherwise have cost him \$15,000. In these circumstances, the presumption of use flowing from possession stands unrebutted.

Monsieur Schmeiser s'est plaint que les premières plantes s'étaient retrouvées sur ses terres sans aucune intervention de sa part. Cependant, il n'a absolument pas expliqué pourquoi il avait pulvérisé du Roundup pour isoler les plantes Roundup Ready trouvées sur sa terre, pourquoi il avait alors récolté ces plantes et en avait sélectionné les graines pour les conserver et les convertir en semences, pourquoi il les avait ensuite semées et pourquoi il a ainsi fini par cultiver 1 030 acres de canola Roundup Ready qui lui auraient par ailleurs coûté 15 000 \$. Dans ces circonstances, la présomption d'exploitation découlant de la possession subsiste.

88 Third, as in their submissions on validity, the appellants seek to rely on the decision of the majority of this Court in *Harvard Mouse*. They contend that the patent should be given a narrow scope for infringement purposes, since the plants reproduce through the laws of nature rather than through human intervention. Thus, they argue, propagation of Roundup Ready Canola without a licence cannot be a "use" by them because plants are living things that grow by themselves.

Troisièmement, les appellants tentent — comme ils le font dans leur argumentation relative à la validité — de s'appuyer sur l'arrêt majoritaire de notre Cour dans l'affaire de la *souris de Harvard*. Ils soutiennent que le brevet doit recevoir une interprétation restrictive lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu contrefaçon, étant donné que les plantes se reproduisent naturellement, sans intervention humaine. Ainsi, font-ils valoir, ils ne se sont pas livrés à une « exploitation » en reproduisant sans licence le canola Roundup Ready, étant donné que les plantes sont des êtres vivants qui croissent spontanément.

89 This is also the perspective adopted by Arbour J. In support of the proposition that infringement of gene claims occurs only in a laboratory setting, she cites *Kirin Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 3792 (QL), [2002] EWCA Civ. 1096 (C.A.). That case dealt with a protein useful in the diagnosis and treatment of blood disorders. The English court construed the claims to exclude the naturally occurring form of the DNA sequence in a human cell. However, this was done to accord with the provisions of a regulatory scheme that has no parallel in Canada: Article 5 of the European Parliament's Directive 98/44/EC, which regulates patentability of biotechnological inventions. It states that the discovery of elements of the human body, including genes, is not patentable, although such elements are patentable when isolated or otherwise produced through technical means. The legislature has not enacted a comparable statutory scheme in Canada to narrow the

C'est également le point de vue qu'adopte la juge Arbour. À l'appui de la proposition que la contrefaçon de revendications relatives à des gènes ne peut avoir lieu qu'en laboratoire, elle cite l'arrêt *Kirin Amgen Inc. c. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 3792 (QL), [2002] EWCA Civ. 1096 (C.A.). Dans cette affaire, il était question d'une protéine utile pour diagnostiquer et traiter des affections sanguines. La Cour d'appel d'Angleterre a considéré que les revendications excluaient la séquence d'ADN naturelle contenue dans une cellule humaine. Cependant, elle l'a fait dans le but de se conformer aux dispositions d'un régime de réglementation qui n'a aucun équivalent au Canada : l'art. 5 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen, qui régit la brevetabilité des inventions biotechnologiques. Cet article prévoit que la découverte d'un élément du corps humain, y compris un gène, n'est pas brevetable, même si cet élément est brevetable lorsqu'il est isolé ou autrement produit par

scope of patent construction. Thus, *Kirin Amgen* is not applicable to the case before this Court.

The appellants' argument also ignores the role human beings play in agricultural propagation. Farming is a commercial enterprise in which farmers sow and cultivate the plants which prove most efficient and profitable. Plant science has been with us since long before Mendel. Human beings since time immemorial have striven to produce more efficient plants. Huge investments of energy and money have been poured into the quest for better seeds and better plants. One way in which that investment is protected is through the *Patent Act* giving investors a monopoly when they create a novel and useful invention in the realm of plant science, such as genetically modified genes and cells.

Finally, many inventions make use of natural processes in order to work. For example, many valid patents have referred to various yeasts, which would have no practical utility at all without "natural forces". See *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81 (Pat. App. Bd.), in which the inventive step consisted of acclimatizing a known species of yeast from domestic sewage to a new environment, where it would then through its natural operation act to purify waste from pulp plants.

The issue is not the perhaps adventitious arrival of Roundup Ready on Mr. Schmeiser's land in 1998. What is at stake in this case is sowing and cultivation, which necessarily involves deliberate and careful activity on the part of the farmer. The appellants suggest that when a farmer such as Mr. Schmeiser actively cultivates a crop with particular properties through activities such as testing, isolating, treating, and planting the desired seed and tending the crops until harvest, the result is a crop which has merely "grown itself". Such a suggestion denies the realities of modern agriculture.

un procédé technique. Au Canada, le législateur n'a adopté aucun régime de réglementation comparable qui commande une interprétation restrictive des brevets. Par conséquent, l'arrêt *Kirin Amgen* est inapplicable en l'espèce.

L'argument des appellants ne tient pas compte non plus du rôle que l'être humain joue en matière de multiplication agricole. L'agriculture est une activité commerciale où les agriculteurs sèment et cultivent les plantes qui s'avèrent les plus rentables et lucratives. La phytologie existait bien avant Mendel. Depuis des temps immémoriaux, l'être humain cherche à améliorer le rendement des plantes. Beaucoup d'énergie et d'argent ont été consacrés à la recherche de meilleures semences et de meilleures plantes. La *Loi sur les brevets* compense cette énergie et cet argent en conférant un monopole à ceux et celles qui les consacrent, lorsqu'il en résulte une invention nouvelle et utile en phytologie, tels les gènes et celles génétiquement modifiées.

Enfin, de nombreuses inventions font appel à des procédés naturels pour fonctionner. Par exemple, diverses levures sont mentionnées dans maints brevets valides qui n'auraient aucune utilité concrète sans les [TRADUCTION] « forces naturelles ». Voir la décision *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81 (C.A.B.), où l'étape inventive consistait à acclimater à un nouvel environnement, où elle contribuerait naturellement à purifier des résidus d'usine de pâte à papier, une espèce de levure connue extraite des eaux usées.

La question litigieuse n'est peut-être pas l'arrivée fortuite, en 1998, du Roundup Ready sur les terres de M. Schmeiser. Ce qui est en jeu en l'espèce est l'ensemencement et la culture, qui impliquent nécessairement des actes délibérés et réfléchis de la part de l'agriculteur. Les appellants prétendent qu'un agriculteur comme M. Schmeiser, qui cultive des plantes ayant des propriétés particulières en testant, en isolant, traitant et semant les graines souhaitées, et en s'occupant de ces plantes jusqu'à leur récolte, obtient une récolte qui a simplement « poussé spontanément ». Une telle prétention ne reflète pas la réalité de l'agriculture moderne.

90

91

92

93 Inventions in the field of agriculture may give rise to concerns not raised in other fields — moral concerns about whether it is right to manipulate genes in order to obtain better weed control or higher yields. It is open to Parliament to consider these concerns and amend the *Patent Act* should it find them persuasive.

94 Our task, however, is to interpret and apply the *Patent Act* as it stands, in accordance with settled principles. Under the present Act, an invention in the domain of agriculture is as deserving of protection as an invention in the domain of mechanical science. Where Parliament has not seen fit to distinguish between inventions concerning plants and other inventions, neither should the courts.

95 Invoking the concepts of implied licence and waiver, the appellants argue that this Court should grant an exemption from infringement to “innocent bystanders”. The simple answer to this contention is that on the facts found by the trial judge, Mr. Schmeiser was not an innocent bystander; rather, he actively cultivated Roundup Ready Canola. Had he been a mere “innocent bystander”, he could have refuted the presumption of use arising from his possession of the patented gene and cell. More broadly, to the extent this submission rests on policy arguments about the particular dangers of biotechnology inventions, these, as discussed, find no support in the *Patent Act* as it stands today. Again, if Parliament wishes to respond legislatively to biotechnology inventions concerning plants, it is free to do so. Thus far it has not chosen to do so.

96 The appellants argue, finally, that Monsanto’s activities tread on the ancient common law property rights of farmers to keep that which comes onto their land. Just as a farmer owns the progeny

Dans le domaine de l’agriculture, les inventions peuvent susciter des préoccupations inconnues dans d’autres domaines — des préoccupations d’ordre moral quant à savoir s’il est bon de manipuler des gènes pour lutter plus efficacement contre les mauvaises herbes ou pour améliorer les rendements. Il est loisible au législateur d’examiner ces préoccupations et de modifier la *Loi sur les brevets* s’il les juge incontournables.

Cependant, notre rôle se limite à interpréter et à appliquer, conformément aux principes établis, le libellé actuel de la *Loi sur les brevets*. Aux termes de la loi actuelle, une invention dans le domaine de l’agriculture a droit à la même protection qu’une invention dans le domaine de la mécanique. Si le législateur n’a pas jugé bon d’établir une distinction entre les inventions relatives aux plantes et les autres types d’invention, les tribunaux ne doivent pas le faire non plus.

Invoquant les concepts d’autorisation et de renonciation tacites, les appellants soutiennent que notre Cour devrait établir une exception prévoyant que les « contrefacteurs innocents » ne peuvent pas être accusés de contrefaçon. À cette prétention, nous répondons simplement que, d’après les faits constatés par le juge de première instance, M. Schmeiser n’était pas un contrefacteur innocent; au contraire, il a cultivé du canola Roundup Ready. S’il avait simplement été un « contrefacteur innocent », il aurait pu réfuter la présomption d’exploitation découlant de sa possession du gène et de la cellule brevetées. De manière plus générale, dans la mesure où cette prétention repose sur des arguments de politique générale concernant les dangers particuliers que comportent les inventions biotechnologiques, ces arguments, comme nous l’avons vu, ne sont aucunement étayées par le libellé actuel de la *Loi sur les brevets*. Là encore, le législateur peut, s’il le souhaite, légiférer pour réagir aux inventions biotechnologiques relatives aux plantes. Il ne l’a pas fait jusqu’à maintenant.

Les appellants soutiennent enfin que les activités de Monsanto portent atteinte au droit de propriété que la common law reconnaît depuis très longtemps aux agriculteurs, soit le droit de conserver ce qui

of a “stray bull” which wanders onto his land, so Mr. Schmeiser argues he owns the progeny of the Roundup Ready Canola that came onto his field. However, the issue is not property rights, but patent protection. Ownership is no defence to a breach of the *Patent Act*.

We conclude that the trial judge and Court of Appeal were correct in concluding that the appellants “used” Monsanto’s patented gene and cell and hence infringed the *Patent Act*.

D. Remedy

The trial judge granted injunctive relief and awarded Monsanto an accounting of the profits made by the respondents through growing Roundup Ready Canola, which he ultimately quantified at \$19,832. The record is not clear on precisely how this sum was arrived at; that it was awarded by the trial judge on account of profits is, however, undisputed.

The Court of Appeal upheld that order on the same basis and the issue is whether it erred in this regard.

The *Patent Act* permits two alternative types of remedy: damages and an accounting of profits. Damages represent the inventor’s loss, which may include the patent holder’s lost profits from sales or lost royalty payments. An accounting of profits, by contrast, is measured by the profits made by the infringer, rather than the amount lost by the inventor. Here, damages are not available, in view of Monsanto’s election to seek an accounting of profits.

parvient sur leurs terres. Monsieur Schmeiser prétend qu’il est propriétaire de la descendance du canola Roundup Ready qui s’est retrouvé dans son champ, de la même façon qu’un agriculteur devient propriétaire de la progéniture du « taureau égaré » qui erre sur ses terres. Toutefois, ce qui est en cause en l’espèce est non pas un droit de propriété, mais plutôt la protection conférée par brevet. La propriété ne peut pas être invoquée comme moyen de défense dans le cas d’une contravention à la *Loi sur les brevets*.

Nous concluons que le juge de première instance et la Cour d’appel ont eu raison de conclure que les appellants ont « exploité » le gène et la cellule brevetés de Monsanto et, partant, contrevenu à la *Loi sur les brevets*.⁹⁷

D. Réparation

Le juge de première instance a accordé une injonction et ordonné aux appellants de remettre à Monsanto les profits que la culture de canola Roundup Ready leur a permis de réaliser et qu’il a, en fin de compte, chiffrés à 19 832 \$. Le dossier n’indique pas clairement comment il est parvenu à ce montant. Cependant, personne ne conteste qu’il s’agit là du montant des profits dont le juge de première instance a ordonné la remise.⁹⁸

La Cour d’appel a, pour la même raison, confirmé la validité de cette ordonnance, et il s’agit maintenant de savoir si elle a commis une erreur à cet égard.⁹⁹

La *Loi sur les brevets* prévoit deux différents types de réparation : les dommages-intérêts et la remise des profits. Les dommages-intérêts représentent la perte de l’inventeur, qui peut comprendre soit la perte de profits que le titulaire du brevet a subie au chapitre des ventes, soit la perte de redevances. Par contre, la remise des profits est calculée en fonction des profits réalisés par le contrepartieur plutôt qu’en fonction du montant perdu par l’inventeur. En l’espèce, il n’y a pas lieu d’accorder des dommages-intérêts, étant donné que Monsanto a choisi de demander la remise des profits.¹⁰⁰

- 101 It is settled law that the inventor is only entitled to that portion of the infringer's profit which is causally attributable to the invention: *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3 (C.A.); *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.), at para. 37. This is consistent with the general law on awarding non-punitive remedies: “[I]t is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach” (*Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 556, *per* McLachlin J. (as she then was), quoted with approval by Binnie J. for the Court in *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142, at para. 93).
- 102 The preferred means of calculating an accounting of profits is what has been termed the value-based or “differential profit” approach, where profits are allocated according to the value contributed to the defendant's wares by the patent: N. Siebrasse, “A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 C.I.P.R. 79. A comparison is to be made between the defendant's profit attributable to the invention and his profit had he used the best non-infringing option: *Collette v. Lasnier* (1886), 13 S.C.R. 563, at p. 576, also referred to with approval in *Colonial Fastener Co. v. Lightning Fastener Co.*, [1937] S.C.R. 36.
- 103 The difficulty with the trial judge's award is that it does not identify any causal connection between the profits the appellants were found to have earned through growing Roundup Ready Canola and the invention. On the facts found, the appellants made no profits as a result of the invention.
- 104 Their profits were precisely what they would have been had they planted and harvested ordinary canola. They sold the Roundup Ready Canola they grew in 1998 for feed, and thus obtained no premium for the fact that it was Roundup Ready Canola. Nor did they gain any agricultural advantage from the
- Il est bien établi que l'inventeur a seulement droit à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur, qui a un lien de causalité avec l'invention : *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.); *Celanese International Corp. c. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.), par. 37. Cela est conforme à la règle générale qui s'applique en matière de réparation non punitive : « 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 » (*Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 556, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef), cité et approuvé, au nom de la Cour, par le juge Binnie dans l'arrêt *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142, par. 93).
- La méthode privilégiée de calcul des profits devant être remis est appelée méthode fondée sur la valeur ou méthode du « profit différentiel », qui consiste à calculer les profits en fonction de la valeur que le brevet a permis aux marchandises du défendeur d'acquérir : N. Siebrasse, « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 C.I.P.R. 79. Il faut comparer le profit que l'invention a permis au défendeur de réaliser à celui que lui aurait permis de réaliser la meilleure solution non contrefaisante (*Collette c. Lasnier* (1886), 13 R.C.S. 563, p. 576, aussi mentionné avec approbation dans l'arrêt *Colonial Fastener Co. c. Lightning Fastener Co.*, [1937] R.C.S. 36).
- Le problème est que, en ordonnant la remise des profits, le juge de première instance n'a fait état d'aucun lien de causalité entre l'invention et les profits que, selon lui, les appellants ont tirés de la culture de canola Roundup Ready. D'après les faits constatés, les appellants n'ont réalisé aucun profit dû à l'invention.
- Ils ont réalisé exactement les mêmes profits que s'ils avaient planté et récolté du canola ordinaire. Ils ont vendu, comme aliment pour animaux, le canola Roundup Ready cultivé en 1998 et n'ont donc pas obtenu un meilleur prix du fait qu'il s'agissait de canola Roundup Ready. Sur le plan agricole, les

herbicide resistant nature of the canola, since no finding was made that they sprayed with Roundup herbicide to reduce weeds. The appellants' profits arose solely from qualities of their crop that cannot be attributed to the invention.

On this evidence, the appellants earned no profit from the invention and Monsanto is entitled to nothing on their claim of account.

IV. Conclusion

We would allow the appeal in part, setting aside the award for account of profit. In all other respects we would confirm the order of the trial judge. In view of this mixed result, we would order that each party bear its own costs throughout.

The reasons of Iacobucci, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

ARBOUR J. (dissenting in part) —

I. Introduction

This case was decided in the courts below without the benefit of this Court's decision in *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76. The heart of the issue is whether the Federal Court of Appeal's decision can stand in light of our decision in that case.

More specifically, the trial judge interpreted the scope of the Monsanto patent without the benefit of the holding in *Harvard College* that higher life forms, including plants, are not patentable. Both lower court decisions "allo[w] Monsanto to do indirectly what Canadian patent law has not allowed them to do directly: namely, to acquire patent protection over whole plants" (E. R. Gold and W. A. Adams, "The *Monsanto* decision: The edge or the wedge" (2001), 19 *Nat. Biotechnol.* 587).

appelants n'ont également tiré aucun avantage de la résistance du canola à l'herbicide, vu l'absence de conclusion qu'ils ont pulvérisé de l'herbicide Roundup pour diminuer la présence des mauvaises herbes. Les profits des appelants découlent uniquement des caractéristiques de leur récolte qui ne sont pas attribuables à l'invention.

Selon la preuve produite en l'espèce, les appellants n'ont tiré aucun profit de l'invention et Monsanto n'a droit à rien en ce qui concerne sa demande de remise.

IV. Conclusion

Nous sommes d'avis d'accueillir en partie l'appel, d'annuler la remise des profits ordonnée et de confirmer, à tous autres égards, la validité de l'ordonnance du juge de première instance. Étant donné ce résultat mitigé, chaque partie assumera ses propres dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Bastarache, Arbour et LeBel rendus par

LA JUGE ARBOUR (dissidente en partie) —

I. Introduction

Les tribunaux inférieurs ont tranché la présente affaire alors qu'ils ne disposaient pas de l'arrêt de notre Cour *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76. Il s'agit essentiellement de savoir si l'arrêt de la Cour d'appel fédérale peut être maintenu eu égard à notre décision dans cette affaire.

Plus particulièrement, le juge de première instance a interprété la portée du brevet de Monsanto sans disposer de la conclusion tirée dans l'arrêt *Harvard College*, selon laquelle les formes de vie supérieures, y compris les plantes, ne sont pas brevetables. Les deux décisions des tribunaux inférieurs [TRADUCTION] « permettent à Monsanto de faire indirectement ce que le droit canadien des brevets lui interdit de faire directement, soit obtenir à l'égard de plantes entières la protection par brevet » (E. R. Gold et W. A. Adams, « The *Monsanto* decision : The edge or the wedge » (2001), 19 *Nat. Biotechnol.* 587).

105

106

107

108

- 109 Such a result is hard to reconcile with the majority decision in *Harvard College*. It would also invalidate the Patent Office's long-standing policy of not granting exclusive rights, expressed in a patent grant, over higher life forms, that was upheld in *Harvard College: Patent Office, Manual of Patent Office Practice* (1998 "Patent Office Manual"), at para. 16.05.
- 110 The two central issues here, the scope of Monsanto's patent and whether agricultural production of Roundup Ready Canola constitutes an infringing use, are determined by a purposive construction of the patent claims and the proper application of the majority decision in *Harvard College*. Monsanto is on the horns of a dilemma; a narrow construction of its claims renders the claims valid but not infringed, the broader construction renders the claims invalid: *Gillette Safety Razor Co. v. Anglo-American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.), at p. 481.
- 111 In light of *Harvard College*, I conclude that the patent claims here cannot be interpreted to extend patent protection over whole plants and that there was no infringing use. I need not review, and take no issue with the factual overview of the case provided in my colleagues' reasons.

II. Analysis

A. *The Decision in Harvard College*

- 112 The issue in *Harvard College, supra*, was whether a mouse that was genetically modified to make it susceptible to cancer was the valid subject matter for a patent claim. The majority found that higher life forms were not "compositions of matter". Plants were clearly included in the category of higher life forms: e.g., *Harvard College*, at para. 199. Accordingly, plants do not fit within the definition of an "invention": *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 2.

Un tel résultat est difficilement conciliable avec l'arrêt majoritaire *Harvard College*. Il aurait également pour effet d'invalider la politique de longue date du Bureau des brevets, qui consiste à ne pas accorder de droits exclusifs, sous forme de brevet, à l'égard des formes de vie supérieures et dont la validité est confirmée dans l'arrêt *Harvard College* : Bureau des brevets, *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* (1998), par. 16.05.

Les deux principaux points en l'espèce, soit la portée du brevet de Monsanto et la question savoir si la production agricole de canola Roundup Ready constitue une exploitation contrefaisante, sont tranchés au moyen d'une interprétation téléologique des revendications du brevet et de l'application correcte de l'arrêt majoritaire *Harvard College*. Monsanto est devant un dilemme : interprétées d'une manière stricte, ses revendications sont valides mais n'ont pas été contrefaites, alors qu'elles sont invalides si elles sont interprétées de manière large : *Gillette Safety Razor Co. c. Anglo-American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.), p. 481.

Compte tenu de l'arrêt *Harvard College*, je conclus que les revendications dont il est question en l'espèce ne peuvent pas être interprétées de manière à étendre à des plantes entières la protection assurée par le brevet, et qu'il n'y a pas eu non plus d'exploitation contrefaisante. Je ne juge pas nécessaire d'examiner l'aperçu des faits que mes collègues donnent dans leurs motifs et que je ne conteste pas.

II. Analyse

A. *L'arrêt Harvard College*

Dans l'affaire *Harvard College*, précitée, la question était de savoir si une souris génétiquement modifiée pour la rendre prédisposée au cancer pouvait légitimement faire l'objet d'une revendication de brevet. Les juges majoritaires ont conclu que les formes de vie supérieures n'étaient pas des « composition[s] de matières ». Les plantes faisaient clairement partie de la catégorie des formes de vie supérieures : par exemple, l'arrêt *Harvard College*, par. 199. Par conséquent, les plantes ne sont pas visées par la définition du mot « invention » figurant à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4.

The majority approved the line drawn by the Patent Office between unpatentable higher life forms, patentable lower life forms, and patentable processes for engineering transgenic higher life forms in the laboratory: *Harvard College*, at para. 199. That line is described in the *Patent Office Manual, supra*, at para. 16.05:

Higher life forms are not patentable subject matter. However, a process for producing a higher life form may be patentable provided the process requires significant technical intervention by man and is not essentially a natural biological process which occurs according to the laws of nature

The line was clearly enunciated in *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81 (Pat. App. Bd.), at p. 89; patents apply to:

. . . all micro-organisms, yeasts, moulds, fungi, bacteria, actinomycetes, unicellular algae, cell lines, viruses or protozoa; in fact to all new life forms which are produced *en masse* as chemical compounds are prepared, and are formed in such large numbers that any measurable quantity will possess uniform properties and characteristics.

Thus, in *Harvard College*, claims for a genetically modified plasmid and the process claims to genetically modify a mouse so that it became susceptible to cancer were found to be valid. Claims for the mouse itself were found to be invalid by the Patent Commissioner and that finding was upheld by this Court. No other claims were at issue in *Harvard College*; transgenic mammalian eggs (single cells) were not claimed, although the majority suggested in *obiter* that such a claim may be the valid subject matter of a patent claim: *Harvard College*, at para. 162.

B. *The Patent Claims*

Monsanto's Canadian Patent No. 1,313,830 is entitled "Glyphosate-Resistant Plants" (see Appendix). The use is evident on the face of the

113

Les juges majoritaires ont approuvé la ligne de démarcation tracée par le Bureau des brevets entre les formes de vie supérieures non brevetables, les formes de vie inférieures brevetables et les procédés brevetables de production en laboratoire de formes de vie supérieures transgéniques : *Harvard College*, par. 199. Cette ligne de démarcation est décrite dans le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets, op. cit.*, par. 16.05 :

Les formes de vie supérieures ne sont pas brevetables. Un procédé ayant pour objet la production d'une forme de vie supérieure par contre peut être brevetable pourvu que le procédé exige une intervention significative d'ordre technique de l'homme, et que le procédé [ne soit] pas seulement un procédé biologique naturel qui se conforme aux lois de la nature

114

Cette ligne de démarcation a été clairement tracée dans la décision *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81 (C.A.B.), p. 89, où on a jugé que les brevets s'appliquent à

[TRADUCTION] tous les micro-organismes, champignons, virus ou protozoaires, à toutes les levures, moisissures, bactéries, actinomycètes, algues unicellulaires, lignées cellulaires et, en fait, à toutes les nouvelles formes de vie qui seront produites en grande quantité, comme dans le cas de la production de composés chimiques, et en si grand nombre que toute quantité mesurable possédera des propriétés et des caractéristiques uniformes.

115

Ainsi, dans l'arrêt *Harvard College*, les revendications concernant un plasmide génétiquement modifié et le procédé de manipulation génétique destinée à produire une souris prédisposée au cancer ont été jugées valides. La Cour a confirmé la conclusion du Commissaire aux brevets selon laquelle les revendications concernant la souris elle-même étaient invalides. Aucune autre revendication n'était en cause dans cette affaire; les œufs de mammifères transgéniques (cellules isolées) n'étaient pas revendiqués, quoique, dans une remarque incidente, les juges majoritaires aient laissé entendre que ces œufs pourraient validement faire l'objet d'une revendication de brevet : *Harvard College*, par. 162.

B. *Les revendications du brevet*

116

Le brevet canadien n° 1,313,830 de Monsanto est intitulé « Plantes résistant au glyphosate » (voir annexe). À première vue, les revendications

claims, namely glyphosate resistance that a person skilled in the art would understand to mean the conferring of resistance to a glyphosate herbicide, such as "Roundup".

¹¹⁷ The patent contained a series of hierarchical claims. The method claims are separate. The claims in the patent may be split into five general categories:

- (1) the chimeric gene, claims 1-7, that does not exist in nature and is constructed, through human intervention, of three components;
- (2) the cloning or expression vector, claims 8-14 (a vector is a DNA molecule into which another DNA segment has been integrated);
- (3) the plant transformation vector, claims 15-21, 52;
- (4) the glyphosate-resistant plant cell containing the chimeric gene, claims 22-28 and claims 43-51; and
- (5) the method for constructing (1)-(4) and, in the laboratory, regenerating a plant from the plant cell containing the chimeric gene, claims 29-42.

¹¹⁸ All of the differentiated cells in the regenerated plant contain the chimeric gene, which will be passed to offspring of the plants through natural reproduction. However, as recognized by my colleagues, there is no claim for the regenerated plant or its progeny.

C. *Purposive Construction of the Claims*

¹¹⁹ The first and pivotal step in an infringement action is the purposive construction of the patent claims: *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, at para. 43. The claims construction will set the scope of the patent claims, which, in turn, resolves the two issues in this case: validity and infringing use. However, Monsanto's

montrent clairement que l'invention brevetée sert à assurer la résistance au glyphosate, qu'une personne versée dans l'art interpréterait comme la résistance à un herbicide à base de glyphosate, tel le « Roundup ».

Le brevet comporte une série de revendications hiérarchiques. Les revendications relatives à la méthode sont présentées séparément. Les revendications du brevet peuvent être réparties en cinq catégories générales :

- (1) le gène chimère, revendications 1 à 7, qui n'existe pas dans la nature et qui, à la suite d'une intervention humaine, comporte trois éléments;
- (2) le vecteur de clonage ou d'expression, revendications 8 à 14 (un vecteur est une molécule d'ADN dans laquelle on a introduit un autre segment d'ADN);
- (3) le vecteur de transformation des plantes, revendications 15 à 21 et 52;
- (4) la cellule végétale résistant au glyphosate, qui contient le gène chimère, revendications 22 à 28 et 43 à 51; et
- (5) la méthode d'interprétation des catégories (1) à (4) et de régénération, en laboratoire, d'une plante à partir de la cellule végétale qui contient le gène chimère, revendications 29 à 42.

Toutes les cellules différencierées de la plante régénérée contiennent le gène chimère, qui est transmis, par reproduction naturelle, à la descendance de la plante. Cependant, comme l'ont reconnu mes collègues, aucune revendication ne vise la plante régénérée ou sa descendance.

C. *Interprétation télologique des revendications*

Dans une action pour contrefaçon, la première étape cruciale consiste à interpréter de façon télologique les revendications du brevet : *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67, par. 43. L'interprétation des revendications du brevet permettra d'établir leur portée, laquelle permettra à son tour de résoudre les deux questions

patent claims cannot be construed with an eye to either infringement or the appellants' defence to infringement, invalidity: *Whirlpool*.

Purposive construction delineates the scope of the invention. It identifies what the inventor considered to be the essential elements of the invention: *Whirlpool*, *supra*, at para. 45.

My colleagues emphasize the commercial value of the exclusive rights to the patentee as the primary consideration in distilling the "essential elements" of the patent claims. However, commercial interests are not the only considerations. There are three further themes to purposive construction of patent claims. I will address each of these in turn.

(1) Fairness and Predictability

Fairness to the public is a recurring theme in jurisprudence on claims construction because of the severe economic consequences of patent infringement: *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66, at para. 41. The scope of the patent protection should be both "fair" and "reasonably predictable": *Whirlpool*, *supra*, at para. 49; *Consolboard*, *supra*, at pp. 520-21. "Predictability is achieved by tying the patentee to its claims; fairness is achieved by interpreting those claims in an informed and purposive way": *Free World Trust*, *supra*, at para. 43.

(2) What Is Not Claimed Is Disclaimed

The classic rule is "what is not claimed is considered disclaimed": *Whirlpool*, *supra*, at para. 42. The

en litige en l'espèce : la validité et l'exploitation contrefaisante. Cependant les revendications du brevet de Monsanto ne peuvent pas être interprétées en fonction de la contrefaçon ou de l'invalidité que les appellants opposent comme moyen de défense à l'accusation de contrefaçon dont ils font l'objet : *Whirlpool*.

L'interprétation téléologique détermine la portée de l'invention. Elle permet d'identifier ce qui, selon l'inventeur, constituait les éléments essentiels de l'invention : *Whirlpool*, précité, par. 45.

Mes collègues soulignent que la valeur commerciale des droits exclusifs pour le titulaire du brevet est l'élément principal qui doit être pris en considération pour dégager les « éléments essentiels » des revendications du brevet. Toutefois, les intérêts commerciaux ne sont pas les seuls éléments qui doivent être pris en considération. L'interprétation téléologique des revendications du brevet porte sur trois autres thèmes que j'aborderai successivement.

(1) L'équité et la prévisibilité

En raison des graves répercussions financières de la contrefaçon, l'équité envers le public est un thème qui revient souvent dans la jurisprudence portant sur l'interprétation des revendications d'un brevet : *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66, par. 41. L'étendue de la protection par brevet doit être à la fois « équitable » et « raisonnablement prévisible » (*Whirlpool*, précité, par. 49; *Consolboard*, précité, p. 520-521). « La prévisibilité est assurée du fait que les revendications lient le breveté; l'équité résulte de l'interprétation des revendications de façon éclairée et en fonction de l'objet » (*Free World Trust*, précité, par. 43).

(2) Ce qui n'est pas revendiqué a fait l'objet d'une renonciation

La règle classique veut que « ce qui n'est pas revendiqué soit considéré comme ayant fait l'objet

120

121

122

123

inventor may not get exclusive rights to an invention that was not part of the public disclosure of the invention. The public must be able to predict the activities that will infringe on the exclusive rights granted to the patentee: *Free World Trust, supra*, at para. 41.

- ¹²⁴ So long as the claims are interpreted fairly and knowledgeably, if the patentee has limited the claims, then the public is entitled to rely on that limitation: *Free World Trust, supra*, at para. 51. An inventor cannot enlarge the scope of the grant of exclusive rights beyond that which has been specified: *Western Electric v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570. However, the full specification may be looked at to discern the scope of the claims: *Whirlpool, supra*, at para. 49; *Free World Trust, supra*; *Western Electric, supra*, at p. 573; Lindley L.J. in *Needham v. Johnson and Co.* (1884), 1 R.P.C. 49 (H.C.A.), at p. 58. The claims are invalid if they are broader than the disclosures: *Amfac Foods Inc. v. Irving Pulp & Paper Ltd.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 59 (F.C.T.D.), at p. 80, citing a long list of authority; *B.V.D. Co. v. Canadian Celanese Ltd.*, [1936] S.C.R. 221.

d'une renonciation » (*Whirlpool*, précité, par. 42). L'inventeur ne peut pas obtenir des droits exclusifs à l'égard d'une partie de l'invention qu'il n'a pas divulguée au public. Ce dernier doit être en mesure de prévoir quelles activités violeront les droits exclusifs du titulaire du brevet (*Free World Trust*, précité, par. 41).

Si le titulaire du brevet a limité les revendications, le public doit pouvoir s'en remettre à ces limites à condition que les revendications soient interprétées de manière équitable et éclairée (*Free World Trust*, précité, par. 51). L'inventeur ne peut pas élargir, au-delà de ce qui a été précisé, la portée des droits exclusifs qui lui sont attribués : *Western Electric Co. c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570. Cependant, il est possible d'examiner au complet le mémoire descriptif pour déterminer la portée des revendications : *Whirlpool*, précité, par. 49; *Free World Trust*, précité; *Western Electric*, précité, p. 573; le lord juge Lindley dans l'arrêt *Needham c. Johnson and Co.* (1884), 1 R.P.C. 49 (H.C.A.), p. 58. Les revendications sont invalides si elles ont une portée plus large que la description qui en est faite : *Amfac Foods Inc. c. Irving Pulp & Paper Ltd.*, [1984] A.C.F. no 105 (QL) (1^{re} inst.), p. 15, où l'on cite une longue liste de décisions; *B.V.D. Co. c. Canadian Celanese Ltd.*, [1936] R.C.S. 221.

(3) The Person Skilled in the Art

- ¹²⁵ Patent claims must be interpreted from the point of view of the hypothetical worker skilled in the art, who has been described by Binnie J. as a

hypothetical person possessing the ordinary skill and knowledge of the particular art to which the invention relates, and a mind willing to understand a specification that is addressed to him. This hypothetical person has sometimes been equated with the "reasonable man" used as a standard in negligence cases. He is assumed to be a man who is going to try to achieve success and not one who is looking for difficulties or seeking failure.

(*Free World Trust, supra*, at para. 44, quoting from H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), at p. 184.)

(3) La personne versée dans l'art

Les revendications d'un brevet doivent être interprétées du point de vue du travailleur fictif versé dans l'art, que le juge Binnie décrit ainsi :

[TRADUCTION] . . . un être fictif ayant des compétences et des connaissances usuelles dans l'art dont relève l'invention et un esprit désireux de comprendre la description qui lui est destinée. Cette notion de la personne fictive a parfois été assimilée à celle de l'« homme raisonnable » retenue en matière de négligence. On suppose que cette personne va tenter de réussir, et non de rechercher les difficultés ou viser l'échec.

(*Free World Trust*, précité, par. 44, citant l'extrait de la p. 184 de l'ouvrage de H. G. Fox, intitulé *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4^e éd. 1969).)

A reasonable person skilled in the art, however, must also be taken to know the state of the law as it relates to the subject matter of his or her invention. For example, in *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 1 (F.C.A.), at p. 18, Mahoney J.A. accepted that drafters of patents were able to express their claims with “extreme precision” in order for their claims to stand up to any challenge on validity, that is, they were taken to understand patent law so as to draft claims that accorded with statutory requirements.

This interpretation is fair and predictable because the public must equally be entitled to rely on this Court’s jurisprudence in determining the scope of patent claims: *Kirin Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 3792 (QL), [2002] EWCA Civ. 1096, at para. 60. In *Kirin Amgen*, the English Court of Appeal considered the testimony of opposing experts (persons skilled in the art) and narrowed a patent claim over a naturally occurring DNA sequence (EPO gene) so that it excluded that DNA sequence in its natural and therefore unpatentable form. In doing so, the court stated at para. 60:

The patentee could not monopolise the gene per se as that existed in nature. The patentee therefore monopolised the DNA sequence encoding for DNA when isolated and in that respect was suitable for use to express EPO in a host cell. As of 1984 such a monopoly would have seemed to give fair protection. To seek to monopolise use of the sequence when not isolated by inserting a construct into a human cell would provide a monopoly not properly supported by the description in the specification. We also believe that third parties could reasonably expect that if they did not use a DNA sequence for insertion into a host cell, there would be no infringement. [Emphasis added.]

In conclusion, a person skilled in the art, upon filing of Monsanto’s patent, could not reasonably have expected that the exclusive rights for gene, cell,

Toutefois, il faut également tenir pour acquis que la personne raisonnable versée dans l’art connaît l’état du droit applicable à l’objet de son invention. Par exemple, dans l’arrêt *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1992] A.C.F. n° 1110 (QL) (C.A.), par. 42, le juge Mahoney a reconnu que les rédacteurs du brevet en cause avaient été en mesure de formuler avec une « extrême précision » leurs revendications afin qu’elles puissent résister à toute contestation de leur validité. Autrement dit, il a tenu pour acquis que ceux-ci comprenaient suffisamment le droit des brevets pour être en mesure de rédiger des revendications conformes aux exigences de la loi.

Cette interprétation est équitable et prévisible étant donné que le public doit également pouvoir s’en remettre à la jurisprudence de notre Cour pour déterminer la portée des revendications d’un brevet : *Kirin Amgen Inc. c. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 3792 (QL), [2002] EWCA Civ. 1096, par. 60. Dans cet arrêt, la Cour d’appel d’Angleterre a pris en considération les témoignages opposés d’experts (personnes versées dans l’art) et a donné à une revendication de brevet relative à une séquence d’ADN d’origine naturelle (le gène de l’EPO) une interprétation restrictive selon laquelle elle excluait la séquence d’ADN sous sa forme naturelle et donc non brevetable. Ce faisant, la cour a dit (par. 60) :

[TRADUCTION] Le titulaire du brevet ne pouvait pas monopoliser le gène lui-même étant donné qu’il existait dans la nature. Le titulaire du brevet a donc monopolisé la séquence d’ADN codant pour l’ADN lorsqu’elle est isolée et, à cet égard, utilisable pour exprimer l’EPO dans une cellule hôte. Dès 1984, un tel monopole aurait semblé accorder une protection équitable. Vouloir monopoliser l’utilisation de la séquence lorsqu’elle n’est pas isolée par l’insertion d’une construction génique dans une cellule humaine reviendrait à créer un monopole qui n’est pas bien étayé par le mémoire descriptif. Nous croyons également que les tiers pourraient raisonnablement s’attendre à ce que, en s’abstenant d’utiliser une séquence d’ADN pour l’insérer dans une cellule hôte, il n’y ait pas contrefaçon. [Je souligne.]

En conclusion, une personne versée dans l’art ne pouvait pas raisonnablement s’attendre, à la suite du dépôt du brevet de Monsanto, à ce que les droits

vector, and method claims extended exclusive rights over unpatentable plants and their offspring.

exclusifs des revendications relatives au gène, à la cellule, au vecteur et à la méthode s'étendent aux plantes non brevetables et à leur descendance.

(4) Conclusion on the Scope of Monsanto's Claims

129 Accordingly, a purposive construction that limits this claim to its "essential elements", considering both the plain language of the claim and the specifications, leads me to the conclusion that the gene patent claims and the plant cell claims should not be construed to grant exclusive rights over the plant and all of its offspring.

(4) Conclusion sur la portée des revendications de Monsanto

Par conséquent, une interprétation téléologique qui limite la présente revendication à ses « éléments essentiels », compte tenu à la fois de la formulation claire de la revendication et du mémoire descriptif, m'amène à conclure qu'il n'y a pas lieu de considérer que les revendications du brevet relatives au gène et à la cellule végétale confèrent des droits exclusifs sur la plante et toute sa descendance.

130 It is clear from the specification that Monsanto's patent claims do not extend to plants, seeds, and crops. It is also clear that the gene claim does not extend patent protection to the plant. The plant cell claim ends at the point where the isolated plant cell containing the chimeric gene is placed into the growth medium for regeneration. Once the cell begins to multiply and differentiate into plant tissues, resulting in the growth of a plant, a claim should be made for the whole plant. However, the whole plant cannot be patented. Similarly, the method claim ends at the point of the regeneration of the transgenic founder plant but does not extend to methods for propagating that plant. It certainly does not extend to the offspring of the regenerated plant.

Il ressort clairement du mémoire descriptif que les revendications du brevet de Monsanto ne visent pas les plantes, les semences et les récoltes. Il est également clair que la revendication relative au gène n'étend pas à la plante la protection conférée par le brevet. La revendication concernant la cellule végétale cesse de s'appliquer au moment où la cellule végétale isolée qui contient le gène chimère est placée dans le milieu nutritif pour qu'elle se régénère. Dès que la cellule commence à se multiplier et à se différencier en tissu végétal, pour ensuite aboutir à la croissance d'une plante, la plante entière devrait faire l'objet d'une revendication. Toutefois, une plante entière n'est pas brevetable. De même, la revendication relative à la méthode cesse de s'appliquer au moment de la régénération de la plante transgénique fondatrice, mais elle ne vise pas les méthodes de reproduction de la plante et sûrement pas non plus la descendance de la plante régénérée.

131 In effect, the patent claims grant Monsanto a monopoly over the chimeric gene and the cell into which it is inserted and the method for doing so. Therefore, no other biotechnology company can use the chimeric gene to create a glyphosate-resistant plant cell that can then be regenerated into a glyphosate-resistant plant.

En réalité, les revendications du brevet attribuent à Monsanto le monopole du gène chimère et de la cellule dans laquelle il est inséré, ainsi que de la méthode d'insertion du gène chimère dans la cellule. Par conséquent, aucune autre société de biotechnologie ne peut utiliser le gène chimère pour créer une cellule végétale résistant au glyphosate qui pourra ensuite être régénérée en plante résistant au glyphosate.

D. Validity

(1) The Law on Validity

Claims that would otherwise be valid may be limited by statutory provisions or by jurisprudence: *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49; *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536. As stated in *Farbwerke*, at p. 57, “[t]here is no inherent common law right to a patent. An inventor gets his patent according to the terms of the *Patent Act*, no more and no less. If the patent for which he is applying comes within the provisions of s. 41(1) [an exemption] of the Act, then he must comply with that section.”

Subject matters that are specifically precluded by statute from patent protection are natural phenomena, laws of nature, and scientific principles: s. 27(8). Other subject matter has been excluded by judicial interpretation of s. 2 definitions of “invention” and “process” and s. 27(8). For example, the following have been excluded: computer programs if the discovery involved is a method of calculation (*Schlumberger Canada Ltd. v. Commissioner of Patents*, [1982] 1 F.C. 845 (C.A.)); methods of medical treatment (*Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111); higher life forms (*Harvard College, supra*); business systems and methods and professional skills and methods (*State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*, 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998)); printed matter producing only an artistic intellectual or literary result (*Re Application of Boussac*, CIPO, Commissioner’s Decision No. 143, March 10, 1973); mere human conduct or mental steps, or instructions (*Re Application of Ijzerman*, CIPO, Commissioner’s Decision No. 254, July 4, 1975; *Gale’s Application*, [1991] R.P.C. 305 (Pat. Ct.), at p. 323); and architectural plans (*Application No. 995 for a Townhouse Building Design (Re)* (1979), 53 C.P.R. (2d) 211 (Pat. App. Bd.)). These examples demonstrate that it is not unusual for courts and the Patent Office

D. Validité

(1) Le droit en matière de validité

Il se peut que des revendications qui seraient par ailleurs valides soient limitées par des dispositions législatives ou par la jurisprudence : *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49; *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536. Comme le précise l’arrêt *Farbwerke*, p. 57, [TRADUCTION] « [i]l n’existe pas, en common law, de droit inhérent à un brevet. L’inventeur obtient son brevet conformément à *Loi sur les brevets*. Un point, c’est tout. Si le brevet qu’il sollicite est visé par les dispositions du par. 41(1) [une exception] de la Loi, il doit alors se conformer à ce paragraphe. »

132

La Loi soustrait expressément à la protection par brevet les phénomènes naturels, les lois de la nature et les principes scientifiques : par. 27(8). D’autres objets ont été exclus à la suite de l’interprétation que les tribunaux ont donnée de la définition des mots « invention » et « procédé » figurant à l’art. 2, et du par. 27(8). Par exemple, les objets suivants ont été exclus : les programmes informatiques, si la découverte est une méthode de calcul (*Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets*, [1982] 1 C.F. 845 (C.A.)); les méthodes de traitement médical (*Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111); les formes de vie supérieures (*Harvard College*, précité); les systèmes et méthodes de gestion d’entreprise, ainsi que les compétences et les méthodes professionnelles (*State Street Bank & Trust Co. c. Signature Financial Group, Inc.*, 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998)); les imprimés ne produisant que des résultats artistiques, intellectuels ou littéraires (*Re Application of Boussac*, OPIC, décision du Commissaire n° 143, 10 mars 1973); le simple comportement humain ou processus mental, ou les modes d’emploi (*Re Application of Ijzerman*, OPIC, décision du Commissaire n° 254, 4 juillet 1975; *Gale’s Application*, [1991] R.P.C. 305 (Pat. Ct.), p. 323); les plans d’architecte (*Application No. 995 for a Townhouse Building Design (Re)* (1979),

133

to interpret provisions of the *Patent Act* so as to exclude subject matter from patentability.

134 If a claim encompasses subject matter that is precluded from patentability, it is invalid. However, a claim may be interpreted taking into account the exemption. In *Shell Oil, supra*, Wilson J. stated, at p. 553, that “a claim for the compositions in these cases would, it seems to me, extend beyond the scope of the invention and violate s. 36”. Section 36 provides that the specification needs to describe new subject matter in which exclusive property rights are claimed. Following Wilson J.’s reasoning, if any of Monsanto’s patent claims had been construed to encompass plants, they would have been invalid.

(2) Validity of Monsanto’s Claims

135 Applying the purposive construction of Monsanto’s product claims, that they do not extend patent protection to plants, all of Monsanto’s product claims are valid.

136 Monsanto’s process claims are likewise valid. The method claims for making transgenic glyphosate-resistant plant cells should be valid because an invention may be a “process”: *Tennessee Eastman, supra*. A process claim may be valid even where the subject matter it manufactures is not patentable, for example, because it is obvious: *F. Hoffmann-Laroche & Co. v. Commissioner of Patents*, [1955] S.C.R. 414; or it constitutes unpatentable subject matter: *Harvard College, supra*.

137 The second part of the method — the regeneration of the plant cell into a plant — may, however, seem more problematic. However, since this process involves substantial human intervention and does not follow the “laws of nature” as would natural asexual or sexual reproduction, I conclude that this part of the process would likewise be patentable. The

53 C.P.R. (2d) 211 (C.A.B.)). Ces exemples démontrent qu’il n’est pas inhabituel que les tribunaux et le Bureau des brevets interprètent les dispositions de la *Loi sur les brevets* de manière à soustraire un objet à la brevetabilité.

La revendication qui englobe un objet non brevetable est invalide. Cependant, une revendication peut être interprétée en fonction de l’exception prévue. Dans l’arrêt *Shell Oil*, précité, p. 553, la juge Wilson a affirmé qu’« une revendication pour les compositions dans ces affaires-là aurait, à mon sens, une portée qui dépasse celle de l’invention et contreviendrait à l’art. 36 ». L’article 36 prévoit que le demandeur doit décrire, dans son mémoire, le nouvel objet dont il revendique la propriété exclusive. Selon le raisonnement de la juge Wilson, si l’une des revendications du brevet de Monsanto avait été interprétée comme englobant des plantes, elle aurait été invalide.

(2) La validité des revendications de Monsanto

Selon l’interprétation téléologique voulant qu’elles n’étendent pas aux plantes la protection par brevet, les revendications relatives au produit de Monsanto sont toutes valides.

Les revendications relatives au procédé de Monsanto sont également valides. Les revendications concernant la méthode de fabrication de cellules végétales transgéniques résistant au glyphosate devraient être valides parce qu’une invention peut être un « procédé » (*Tennessee Eastman*, précité). La revendication relative à un procédé peut être valide même si l’objet qu’il permet de fabriquer n’est pas brevetable, notamment parce qu’il est évident (*F. Hoffmann-Laroche & Co. c. Commissioner of Patents*, [1955] R.C.S. 414) ou parce qu’il s’agit d’un objet non brevetable (*Harvard College*, précité).

Le deuxième étape de la méthode — la régénération d’une plante à partir de la cellule végétale — peut toutefois sembler plus problématique. Cependant, puisque ce procédé comporte une intervention humaine importante et n’est pas conforme aux « lois de la nature », comme la reproduction naturelle sexuée ou asexuée, je conclus que cette

Patent Commissioner in *Harvard College* found that the process of creating a transgenic cell culture that had the intermediate step of “allowing said embryo to develop into an adult animal” was patentable as a process claim. This conclusion is consistent with the policy of the Patent Office: *Patent Office Manual, supra*, at para. 16.05, and with art. 27(3)(b) of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (“TRIPS”)*, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization*, 1867 U.N.T.S. 3).

E. Summary and Conclusion on Construction and Validity of the Claims

In short, properly construed, Monsanto’s claims both for products and processes are valid. Neither extends patent protection to the plant itself, a higher life form incapable of patent protection. In order to avoid the claim extending to the whole plant, the plant cell claim cannot extend past the point where the genetically modified cell begins to multiply and differentiate into plant tissues, at which point the claim would be for every cell in the plant, i.e., for the plant itself.

Therefore, Monsanto’s valid claims are solely for genetically modified chimeric genes and cells in the laboratory prior to regeneration — and for the attendant process for making the genetically modified plant.

F. Infringement

“Infringement” is not defined in the *Patent Act*. To determine what constitutes infringement, recourse must be had to the common law, the statutory provisions that define the grant of rights to the inventor and the recourse to remedies, and, most importantly, the scope of the exclusive rights claimed in the patent: Fox, *supra*, at p. 349. Infringement, in short, is “any act that interferes with the full enjoyment

étape serait également brevetable. Dans l’affaire *Harvard College*, le Commissaire aux brevets a estimé que le procédé de création d’une culture cellulaire transgénique, dont l’étape intermédiaire consiste à [TRADUCTION] « laisser ledit embryon se développer jusqu’au stade d’animal adulte », était brevetable en tant que revendication relative à un procédé. Cette conclusion est conforme à la politique du Bureau des brevets (*Recueil des pratiques du Bureau des brevets, op. cit.*, par. 16.05) et à l’al. 27(3)(b) de l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« ADPIC »), 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l’Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce, 1867 R.T.N.U. 3).

E. Résumé et conclusion concernant l’interprétation et la validité des revendications

Bref, correctement interprétées, les revendications de Monsanto relatives aux produits et aux procédés sont valides dans les deux cas. Aucune d’elles n’étend la protection par brevet à la plante elle-même, qui est une forme de vie supérieure qui ne peut pas bénéficier de cette forme de protection. Pour éviter que la revendication vise la plante entière, la revendication relative à la cellule végétale doit cesser de s’appliquer au moment où la cellule génétiquement modifiée commence à se multiplier et à se différencier en tissus végétal, sinon la revendication viserait chaque cellule de la plante, c’est-à-dire la plante elle-même.

Par conséquent, les revendications valides de Monsanto visent uniquement les gènes chimères et les cellules génétiquement modifiés en laboratoire avant la régénération — et le procédé connexe de fabrication de la plante génétiquement modifiée.

F. Contrefaçon

La *Loi sur les brevets* ne définit pas le mot « contrefaçon ». Pour déterminer ce qui constitue une contrefaçon, il faut consulter la common law, les dispositions législatives qui définissent les droits conférés à l’inventeur et les recours dont il dispose, et surtout vérifier la portée des droits exclusifs revenus dans le brevet (Fox, *op. cit.*, p. 349). Bref, la contrefaçon s’entend de [TRADUCTION] « tout acte

138

139

140

of the monopoly granted to the patentee”, if done without the consent of the patentee: *Fox, supra*, at p. 349.

- 141 The issue at this stage is whether the appellants used the invention so as to interfere with the exclusive rights of the patentee, keeping in mind that the scope of Monsanto’s patent does not extend to plants. The public is entitled to rely on the reasonable expectation that unpatentable subject matter falls outside the scope of patent protection and its use does not constitute an infringement: *Kirin Amgen, supra*, at para. 60.
- 142 I will assume, as found by the courts below, that the appellants planted seeds containing Monsanto’s patented gene and cell. I agree with my colleagues that the appellants did not make or construct the gene or cell contained in the canola crop and did not use Monsanto’s patented process.

qui nuit à la pleine jouissance du monopole accordé au titulaire du brevet », s’il est accompli sans le consentement de ce dernier (*Fox, op. cit.*, p. 349).

La question est maintenant de savoir si les appellants ont exploité l’invention de façon à porter atteinte aux droits exclusifs du titulaire du brevet, sans oublier que le brevet de Monsanto ne s’applique pas aux plantes. Le public a le droit de s’attendre raisonnablement à ce qu’un objet non brevetable ne bénéficie pas de la protection par brevet et que son exploitation ne constitue pas de la contrefaçon : *Kirin Amgen*, précité, par. 60.

- (1) Statutory Interpretation of “Use” in Section 42 of the Patent Act
- 143 The relevant statutory provision is s. 42 of the *Patent Act* where:
42. Every patent granted under this Act shall contain the title or name of the invention, with a reference to the specification, and shall, subject to this Act, grant to the patentee and the patentee’s legal representatives for the term of the patent, from the granting of the patent, the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used, subject to adjudication in respect thereof before any court of competent jurisdiction.
- 144 I will use the same three principles of statutory interpretation as did my colleagues to construe the meaning of “use” in s. 42 of the *Patent Act*. These are a purposive interpretation of the word “use”, a contextual analysis given the surrounding words in the provision, and the case law.
- 145 A purposive construction of “use” suggests that “use” is limited by the subject matter of the invention, and that any acts for a purpose whether fore-

À l’instar des tribunaux inférieurs, je vais présumer que les appellants ont semé des graines contenant le gène et la cellule brevetés de Monsanto. Je conviens avec mes collègues que les appellants n’ont ni fabriqué ni construit le gène ou la cellule contenus dans la récolte de canola et qu’ils n’ont pas exploité le procédé breveté de Monsanto.

(1) Interprétation législative du verbe « exploiter » figurant à l’art. 42 de la Loi sur les brevets

La disposition législative pertinente est l’art. 42 de la *Loi sur les brevets*, qui est ainsi rédigé :

42. Tout brevet accordé en vertu de la présente loi contient le titre ou le nom de l’invention avec renvoi au mémoire descriptif et accorde, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, au breveté et à ses représentants légaux, pour la durée du brevet à compter de la date où il a été accordé, le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d’autres, pour qu’ils l’exploitent, l’objet de l’invention, sauf jugement en l’espèce par un tribunal compétent.

J’appliquerai les trois mêmes principes d’interprétation législative que mes collègues pour interpréter le sens du verbe « exploiter » (« use ») figurant à l’art. 42 de la *Loi sur les brevets*. Ces principes sont l’interprétation téléologique du verbe « exploiter », l’analyse contextuelle qui tient compte des autres termes de la disposition, et la jurisprudence.

Selon une interprétation téléologique, le sens du verbe « exploiter » est limité par l’objet de l’invention, et tout acte accompli dans un but prévu ou non

seen or not by the inventor may constitute an infringing use. The problem with defining "use" in the manner of my colleagues as commercial use is that the inventor is not obliged to describe the utility of the invention, the inventor must merely describe the invention so as to produce it: *Consolboard, supra*. Utility need not include commercial utility, contrary to my colleagues' opinion. That is determined by the market place: D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), at p. 120. An inventor should be entitled to a remedy such as an injunction regardless of whether the infringing use has commercial applications: *Adair v. Young* (1879), 12 Ch. D. 13 (C.A.).

Dickson J. (as he then was) in *Consolboard, supra*, cited with approval, at p. 526, the following passage, *per* Thorson P. in *The King v. American Optical Co.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62 (Ex. Ct.), at p. 85:

If an inventor has adequately defined his invention he is entitled to its benefit even if he does not fully appreciate or realize the advantages that flow from it or cannot give the scientific reasons for them. It is sufficient if the specification correctly and fully describes the invention and its operation or use as contemplated by the inventor, so that the public, meaning thereby persons skilled in the art, may be able, with only the specification, to use the invention as successfully as the inventor could himself.

Although *Consolboard, supra*, rejected a need to either claim a utility, or set out the "useful" characteristics of the invention in the disclosure, it did not necessarily eliminate any relationship between infringement and the specification. In *Pioneer Hi-Bred, supra*, at p. 1637, Lamer J. (as he then was) held that "[s]ection 36(1) was enacted so competitors could know the limits within which they should avoid infringing the subject of the invention and be aware of their freedom of maneuver when they work in an area related to that of the patentee."

prévu par l'inventeur peut constituer une exploitation contrefaisante. Le problème que pose le sens d'exploitation commerciale que mes collègues donnent au verbe « exploiter » est que l'inventeur est tenu de décrire non pas l'utilité de l'invention, mais simplement l'invention et la façon de la produire : *Consolboard*, précité. Contrairement à ce que considèrent mes collègues, l'utilité n'englobe pas nécessairement l'utilité commerciale, qui est déterminée par le marché : D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), p. 120. Un inventeur devrait avoir droit à une réparation telle une injonction, peu importe que l'exploitation contrefaisante ait ou non des applications commerciales : *Adair c. Young* (1879), 12 Ch. D. 13 (C.A.).

146

Dans l'arrêt *Consolboard*, précité, p. 526, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a cité, en les approuvant, les propos suivants du président Thorson dans la décision *The King c. American Optical Co.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62 (C. de l'É.), p. 85 :

[TRADUCTION] Si un inventeur a adéquatement décrit son invention, il a droit d'en jouir même s'il n'apprécie ni ne réalise pleinement les avantages qui en découlent ou s'il ne peut fournir l'explication scientifique de ces derniers. Il suffit que le mémoire descriptif décrive de façon complète et correcte l'invention et son emploi ou fonctionnement prévus par l'inventeur de telle sorte que le public, c.-à.-d. les personnes versées dans l'art, puisse, en n'ayant que le mémoire descriptif, utiliser l'invention avec le même succès que l'inventeur.

147

Bien que, dans l'arrêt *Consolboard*, précité, la Cour ait rejeté l'idée qu'il soit nécessaire de revendiquer une utilité ou d'exposer les propriétés « utiles » de l'invention dans la divulgation, elle n'a pas nécessairement écarté tout lien entre la contrefaçon et le mémoire descriptif. Dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, précité, p. 1637, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a conclu que « [l]e paragraphe 36(1) a été édicté pour permettre aux compétiteurs de savoir quelles sont les limites à l'intérieur desquelles ils doivent s'abstenir de contrefaire [l'objet] de l'invention et de connaître quelle est leur marge de manœuvre lorsqu'ils travaillent dans un domaine analogue à celui du breveté. »

148 This reasoning is essential to a more balanced interpretation of s. 42. A contextual analysis of that section links the verbs "use", "sell", and "make" to the noun "invention". The definition of "use" in any given circumstances must therefore be limited by the subject matter of the invention. This approach has been followed to interpret "use" in the context of s. 58, now s. 56, of the *Patent Act*. Section 56 grants an exemption from infringement for persons who have acquired patentable subject matter prior to the grant of a patent:

56. (1) Every person who, before the claim date of a claim in a patent has purchased, constructed or acquired the subject matter defined by the claim, has the right to use and sell to others the specific article, machine, manufacture or composition of matter patented [i.e., the invention] and so purchased, constructed or acquired without being liable to the patentee or the legal representatives of the patentee for so doing. [Emphasis added.]

149 In *Libbey-Owens-Ford Glass Co. v. Ford Motor Co. of Canada* (1969), 1 Ex. C.R. 529, at p. 553, in reasoning approved by this Court: *Libbey-Owens-Ford Glass Co. v. Ford Motor Co. of Canada*, [1970] S.C.R. 833, and followed in *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.), the trial judge stated that "the proper approach to the interpretation of s. 58 [now s. 56] is to first read its wording, coupled with that of s. 2(d) [the definition of invention], in an effort to ascertain its meaning therefrom".

150 Further, the Federal Court of Appeal in *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, [1995] 2 F.C. 723, at p. 745, stated:

It is the intention of the inventor, as inscribed in the patent, which protects the appellant under section 56, given that the law is not one based on form but on the scope of the whole invention. . . .

This conclusion will, I believe, be strengthened in the subsequent consideration of the composition and use claims of the patent, which will reveal even more clearly the interrelatedness of the whole patent.

Ce raisonnement est essentiel à une interprétation plus harmonieuse de l'art. 42. Une analyse contextuelle de cet article permet de lier les verbes « exploiter », « vendre » et « fabriquer » au substantif « invention ». La définition du terme « exploiter » doit donc, dans tous les cas, être limitée par l'objet de l'invention. Cette approche a été adoptée pour interpréter le terme « utiliser » dans le contexte de l'art. 58, devenu l'art. 56, de la *Loi sur les brevets*. L'article 56 établit une exception à la contrefaçon à l'égard des personnes qui ont acquis l'objet brevetable avant la délivrance du brevet :

56. (1) Quiconque, avant la date de revendication d'une demande de brevet, achète, exécute ou acquiert l'objet que définit la revendication peut utiliser et vendre l'article, la machine, l'objet manufacturé ou la composition de matières brevetés [c'est-à-dire l'invention] ainsi achetés, exécutés ou acquis avant cette date sans encourir de responsabilité envers le breveté ou ses représentants légaux. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Libbey-Owens-Ford Glass Co. c. Ford Motor Co. of Canada* (1969), 1 R.C. de l'É. 529, p. 553, adoptant un raisonnement approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Libbey-Owens-Ford Glass Co. c. Ford Motor Co. of Canada*, [1970] R.C.S. 833, et suivi dans la décision *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [1994] A.C.F. n° 1898 (QL) (1^{re} inst.), le juge de première instance a dit que [TRADUCTION] « pour interpréter correctement l'art. 58 [maintenant l'art. 56], il faut d'abord le lire conjointement avec l'al. 2d) [la définition de l'invention], afin d'en déterminer le sens ».

En outre, dans l'arrêt *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [1995] 2 C.F. 723, p. 745, la Cour d'appel fédérale a dit :

C'est l'intention de l'inventeur, indiquée dans le brevet, qui protège l'appelante en vertu de l'article 56 étant donné que les règles de droit applicables ne reposent pas sur la forme mais sur la portée de l'invention dans son ensemble. . . .

Je crois que l'examen des revendications du brevet relatives à la composition et à l'utilisation, qui fera ressortir davantage l'interrelation qui existe entre toutes les parties du brevet, renforcera cette conclusion.

Therefore “use” and “invention” must be read conjunctively and the scope of “use” must be bounded by the scope of the claims.

The test for determining “use” is not whether the alleged user has deprived the patentee of the commercial benefits flowing from his invention, but whether the alleged user has deprived the patentee of his monopoly over the use of the invention as construed in the claims.

Applied here, the question is whether the appellants used Monsanto’s genetically modified cells and genes as they existed in the laboratory prior to differentiation and propagation — or the process of genetic alteration. The question is not whether the appellants deprived Monsanto of some or all the commercial benefits of their invention.

(2) The Law on Use

With respect, in my view, the case law does not support my colleagues’ interpretation of use. Much of the jurisprudence on “use” and various analogies are unhelpful because of the unique properties of biological materials, especially higher life forms that can self-replicate and spread. The fact that self-replicating materials are difficult to place within the confines of the *Patent Act* was acknowledged by the Federal Court of Appeal, at para. 57: “. . . it seems to me arguable that the patented Monsanto gene falls into a novel category. It is a patented invention found within a living plant that may, without human intervention, produce progeny containing the same invention.”

It is well established that the use or sale of unpatented subject matter may still infringe a patent where the unpatented subject matter is made employing a patented process: *Saccharin Corp. v. Anglo-Continental Chemical Works, Ltd.* (1900), 17 R.P.C. 307 (H.C.J.); *F. Hoffmann-Laroche, supra*, at p. 415; *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289 (F.C.T.D.); *American Cyanamid Co. v. Charles E. Frosst & Co.* (1965), 29

Par conséquent, les mots « exploiter » et « invention » doivent être interprétés ensemble et la portée du mot « exploiter » doit être limitée par celle des revendications.

Le critère applicable pour déterminer s’il y a eu « exploitation » consiste à se demander si le présumé exploitateur a privé le titulaire du brevet non pas des avantages commerciaux de son invention, mais plutôt de son monopole de l’exploitation de l’invention expliquée dans les revendications.

En l’espèce, ce critère consiste à se demander si les appellants ont exploité les gènes et les cellules génétiquement modifiés de Monsanto, tels qu’ils existaient en laboratoire avant leur différenciation et leur multiplication — ou le procédé de modification génétique. Il ne s’agit pas de savoir si les appellants ont privé Monsanto de tous les avantages commerciaux de son invention, ou d’une partie de ceux-ci.

(2) Le droit en matière d’exploitation

En toute déférence, j’estime que la jurisprudence n’étaye pas l’interprétation que mes collègues donnent du verbe « exploiter ». Une bonne partie de la jurisprudence relative au verbe « exploiter » ainsi que diverses analogies sont inutiles en raison des propriétés uniques des matières biologiques et, plus particulièrement, des formes de vie supérieures qui peuvent se reproduire et se propager. La Cour d’appel fédérale a reconnu, au par. 57, la difficulté d’appliquer la *Loi sur les brevets* aux matières capables de se reproduire : « . . . il [. . .] semble contestable que le gène Monsanto breveté appartienne à une nouvelle catégorie. Il s’agit d’une invention brevetée existant dans une plante vivante qui peut, sans intervention humaine, produire une descendance contenant la même invention. »

Il est bien établi que l’exploitation ou la vente d’un objet non breveté peut tout de même contrefaire un brevet lorsque cet objet non breveté est fabriqué au moyen d’un procédé breveté : *Saccharin Corp. c. Anglo-Continental Chemical Works, Ltd.* (1900), 17 R.P.C. 307 (H.C.J.); *F. Hoffmann-Laroche*, précité, p. 415; *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289 (C.F. 1^{re} inst.); *American Cyanamid Co. c. Charles E. Frosst & Co.* (1965), 29

151

152

153

154

155

Fox Pat. C. 153 (Ex. Ct.). This proposition does not assist the respondent, however. The appellants have not infringed the process claim because they have not used the claimed method to produce their canola crop.

156 The real question is whether a patented product (the gene or cell) extends patent protection to the unpatentable object into which it is incorporated. The respondents and the intervenor, BIOTECanada, further contend that “[i]t is trite law that an unpatentable composition of matter can be an infringement by virtue of it incorporating patented material” (joint factum of BIOTECanada and the Canadian Seed Trade Association, at para. 39 (emphasis added)), but, like my colleagues, provided no authority on this point. In any event, there is no genuinely useful analogy between growing a plant in which every cell and every cell of all its progeny are remotely traceable to the genetically modified cell and contain the chimeric gene and putting a zipper in a garment, or tires on a car or constructing with Lego blocks. The analogies are particularly weak when it is considered that the plant can subsequently grow, reproduce, and spread with no further human intervention.

157 One option that was urged on us by the appellants was to incorporate a knowledge element into the definition of “use”. Such a solution would be broadly applicable to other types of patents and lend uncertainty to a settled issue in Canadian patent law that intention is irrelevant to infringement: *Terrell on the Law of Patents* (15th ed. 2000), at para. 8.10; *Hughes and Woodley on Patents* (1984), at § 26; *British United Shoe Machinery Co. v. Gimson Shoe Machinery Co.* (1928), 45 R.P.C. 290 (C.A.), at p. 308; *Computalog Ltd. v. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77 (F.C.A.), at p. 88; *Illinois Tool Works Inc. v. Cobra Anchors Co.* (2002), 221 F.T.R. 161, 2002 FCT 829. Lord Hoffmann in *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. v. H.N. Norton & Co.*, [1996] R.P.C. 76 (H.L.), at p. 92, pointed out that since liability is absolute, the alleged infringer’s

Fox Pat. C. 153 (C. de l’É.). Cette proposition n’est cependant d’aucune utilité aux intimées. Les appellants n’ont pas contrefait la revendication relative au procédé parce qu’ils n’ont pas exploité la méthode revendiquée pour produire leur culture de canola.

La véritable question est de savoir si un produit breveté (le gène ou la cellule) incorporé dans un objet non brevetable a pour effet d’étendre à l’objet non brevetable la protection conférée par le brevet. Les intimées et l’intervenante BIOTECanada prétendent, en outre, qu’[TRADUCTION] « [i]l est bien établi qu’une composition de matières non brevetable dans laquelle est incorporée une matière brevetée peut constituer de la contrefaçon » (mémoire conjoint de BIOTECanada et de l’Association canadienne du commerce des semences, par. 39 (je souligne)), mais, à l’instar de mes collègues, ils ne citent aucune jurisprudence ni aucune doctrine à cet égard. Quoi qu’il en soit, il n’existe aucune analogie vraiment utile entre cultiver une plante dont chaque cellule, ainsi que chaque cellule de toute sa descendance, peut être vaguement reliée à la cellule génétiquement modifiée et contient le gène chimère et munir un vêtement d’une fermeture éclair ou une voiture de pneus, ou encore construire à l’aide de blocs Lego. Ces analogies sont particulièrement faibles lorsqu’on tient compte du fait que la plante peut subséquemment croître, se reproduire et se propager sans autre intervention humaine.

Une solution que les appellants nous ont proposé d’adopter consistait à incorporer un élément de connaissance dans la définition du verbe « exploiter ». Cette solution, qui serait généralement applicable aux autres types de brevet, créerait de l’incertitude au sujet d’une question déjà réglée en droit canadien des brevets, à savoir que l’intention n’est pas pertinente en matière de contrefaçon : *Terrell on the Law of Patents* (15^e éd. 2000), par. 8.10; *Hughes and Woodley on Patents* (1984), § 26; *British United Shoe Machinery Co. c. Gimson Shoe Machinery Co.* (1928), 45 R.P.C. 290 (C.A.), p. 308; *Computalog Ltd. c. Comtech Logging Ltd.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 77 (C.A.F.), p. 88; *Illinois Tool Works Inc. c. Cobra Fixations Cie*, [2002] A.C.F. n° 1104 (QL), 2002 CFPI 829. Dans l’arrêt *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. c. H.N. Norton & Co.*, [1996]

state of mind is irrelevant. “[I]t is and always has been the law in relation to direct infringement that the knowledge or intention of the infringer is irrelevant” (*Terrell on the Law of Patents, supra*, at para. 8.08).

Most people are not aware of the contents of patents but are effectively deemed to have knowledge. What matters is what the person does. If the person's acts interfere with the exclusive rights granted by the patent, then there is infringement: *Pfizer Corp. v. Ministry of Health*, [1965] A.C. 512 (H.L.). A case such as *British United Shoe Machinery Co. v. Simon Collier Ld.* (1910), 27 R.P.C. 567 (H.L.), that may suggest the contrary is unusual and restricted to its facts: *Pfizer, supra*, or goes to remedy and not infringement: *Terrell on the Law of Patents, supra*, at para. 8.09. As pointed out by my colleagues, the presumption of use may only be rebutted in the very rare circumstances, such as in *British United Shoe Machinery Co. v. Simon Collier Ld., supra*, where neither the product nor its stand-by value was used.

A truly innocent infringer may be able to rebut the presumption of use. However, that would likely prove difficult once the innocent infringer became aware that the genetically modified crop was present — or was likely to be present — on his or her land and continued to practice traditional farming methods, such as saving seed. The complexities and nuances of innocent bystander protection in the context of agricultural biotechnology should be expressly considered by Parliament because it can only be inadequately accommodated by the law on use.

(3) Conclusion on Infringement

In the result, the lower courts erred not only in construing the claims to extend to plants and seed, but in construing “use” to include the use of subject matter disclaimed by the patentee, namely the plant. The appellants as users were entitled to rely on the reasonable expectation that plants, as unpatentable

R.P.C. 76 (H.L.), p. 92, lord Hoffmann a souligné que, puisque la responsabilité est absolue, l'état d'esprit du présumé contrefacteur n'est pas pertinent. [TRADUCTION] « [I]l est acquis qu'en matière de contrefaçon directe la connaissance ou l'intention du contrefacteur n'est pas pertinente » (*Terrell on the Law of Patents, op. cit.*, par. 8.08).

158

La plupart des gens ne connaissent pas le contenu des brevets, mais sont effectivement réputés le connaître. L'important est ce que la personne fait. Si les actes d'une personne portent atteinte aux droits exclusifs conférés par le brevet, il y a contrefaçon : *Pfizer Corp. c. Ministry of Health*, [1965] A.C. 512 (H.L.). Un arrêt tel *British United Shoe Machinery Co. c. Simon Collier Ld.* (1910), 27 R.P.C. 567 (H.L.), qui peut indiquer le contraire, est inhabituel et constitue un cas d'espèce (*Pfizer, précité*) ou porte sur la réparation et non sur la contrefaçon (*Terrell on the Law of Patents, op. cit.*, par. 8.09). Comme le soulignent mes collègues, la présomption d'exploitation n'est réfutable que dans des circonstances très rares, comme celles de l'arrêt *British United Shoe Machinery Co. c. Simon Collier Ld.*, précité, où ni le produit ni sa valeur latente n'ont été exploités.

159

Un contrefacteur vraiment innocent peut être en mesure de réfuter la présomption d'exploitation. Cependant, il lui serait probablement difficile de le faire une fois qu'il a pris connaissance de la présence, réelle ou probable, de la plante génétiquement modifiée sur sa terre et qu'il a continué d'utiliser ses méthodes de culture traditionnelles, comme celle consistant à conserver des semences. Le législateur devrait examiner expressément les complexités et nuances de la protection du contrefacteur innocent dans le contexte de la biotechnologie agricole, étant donné que le droit en matière d'exploitation ne peut en tenir compte que d'une manière insuffisante.

(3) Conclusion sur la contrefaçon

En définitive, les tribunaux inférieurs ont commis une erreur en considérant non seulement que les revendications s'appliquent aux plantes et aux semences, mais encore que le verbe « exploiter » signifie également exploiter l'objet auquel le titulaire du brevet a renoncé, à savoir la plante. En tant

160

subject matter, fall outside the scope of patent protection. Accordingly, the cultivation of plants containing the patented gene and cell does not constitute an infringement. The plants containing the patented gene can have no stand-by value or utility as my colleagues allege. To conclude otherwise would, in effect, confer patent protection on the plant.

qu'exploiteurs, les appellants pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que les objets non brevetables que sont les plantes ne bénéficient pas de la protection conférée par le brevet. Par conséquent, la culture des plantes contenant le gène et la cellule brevetés ne constitue pas de la contrefaçon. Les plantes contenant le gène breveté ne peuvent avoir aucune valeur ou utilité latente, contrairement à ce qu'affirment mes collègues. Toute conclusion contraire aurait pour effet de rendre applicable à la plante la protection conférée par le brevet.

- 161 Uses that would constitute an infringement include using the chimeric gene in its isolated form to create an expression or cloning vector or a transformation vector and using the transformation vector to create a transgenic plant cell. The use claimed for the plant cell extends to the isolated plant cell in a laboratory culture used to regenerate a "founder plant" but not to its offspring.
- 162 There is no claim for a "glyphosate-resistant" plant and all its offspring. Therefore saving, planting, or selling seed from glyphosate-resistant plants does not constitute an infringing use.
- 163 Obviously, as was done here, Monsanto can still license the sale of seeds that it produces from its patented invention and can impose contractual obligations on the licensee. Licensing allows the patent owner to impose conditions on the use of the plant, such as a prohibition on saving seeds, with the concomitant ability to sue the farmer for breach of contract if the farmer violates any of the terms of the licence.
- G. *The Conclusion Is Consistent With Canada's International Obligations Under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*
- 164 In *Harvard College*, *supra*, both the majority and the minority called for Parliament's intervention on
- Parmi les exploitations qui constitueraient de la contrefaçon, il y a l'exploitation du gène chimère sous sa forme isolée pour créer un vecteur d'expression ou de clonage ou encore un vecteur de transformation, et l'exploitation du vecteur de transformation pour créer une cellule végétale transgénique. L'exploitation revendiquée de la cellule végétale a trait à la cellule végétale isolée qui se trouve dans une culture en laboratoire servant à régénérer une « plante fondatrice », mais non à sa descendance.
- Il n'y a aucune revendication relative à une plante « résistant au glyphosate » et à toute sa descendance. Par conséquent, le fait de conserver, de mettre en terre ou de vendre des semences provenant de plantes résistant au glyphosate ne constitue pas une exploitation contrefaisante.
- De toute évidence, comme cela a été fait en l'espèce, Monsanto peut toujours accorder des licences autorisant la vente des semences qu'elle produit à partir de son invention brevetée et imposer des obligations contractuelles au titulaire de la licence. En accordant des licences, le titulaire du brevet peut assujettir l'exploitation de la plante à certaines conditions, telle l'interdiction de conserver des semences, et se réserver ainsi la capacité de poursuivre l'agriculteur pour rupture de contrat si ce dernier viole l'une ou l'autre des conditions de la licence.
- G. *La conclusion est conforme aux obligations internationales incombant au Canada en vertu de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*
- Dans l'arrêt *Harvard College*, précité, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont

the issue of patenting higher life forms. As things stand, my conclusion on the scope of Monsanto's patent claims that is determinative of both validity and infringing use is not contrary to art. 27(1) of *TRIPS* whereby Canada has agreed to make patents available for any invention without discrimination as to the field of technology.

The Canadian Biotechnology Advisory Committee, in *Patenting of Higher Life Forms and Related Issues* (June 2002), suggests that the contrary may, in fact, be the case. The use of biologically replicating organisms as a "vehicle" for genetic patents may overcompensate the patentee both in relation to what was invented, and to other areas of invention. The Canadian Biotechnology Advisory Committee explains the point as follows (at p. 12):

Because higher life forms can reproduce by themselves, the grant of a patent over a plant, seed or non-human animal covers not only the particular plant, seed or animal sold, but also all its progeny containing the patented invention for all generations until the expiry of the patent term (20 years from the priority date). In addition, much of the value of the higher life form, particularly with respect to animals, derives from the natural characteristics of the original organism and has nothing to do with the invention. In light of these unique characteristics of biological inventions, granting the patent holder exclusive rights that extend not only to the particular organism embodying the invention but also to all subsequent progeny of that organism represents a significant increase in the scope of rights offered to patent holders. It also represents a greater transfer of economic interests from the agricultural community to the biotechnology industry than exists in other fields of science.

My conclusion does not violate, and indeed is supported by art. 27(3)(b) of *TRIPS*, that states:

recommandé l'intervention du législateur sur la question de la brevetabilité des formes de vie supérieures. Dans l'état actuel des choses, ma conclusion sur la portée des revendications du brevet de Monsanto, qui est déterminante en ce qui concerne, à la fois, la question de la validité et celle de l'exploitation contrefaisante, ne contrevient pas au par. 27(1) de l'*ADPIC*, aux termes duquel le Canada a consenti à rendre brevetable, sans discrimination, toute invention relevant du domaine technologique.

Dans le rapport intitulé *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes* (juin 2002), le Comité consultatif canadien de la biotechnologie indique qu'il se peut, en fait, que le contraire soit vrai. L'utilisation d'organismes biologiques autoreproducteurs en tant que « moyen » d'obtenir des brevets génétiques peut être trop favorable au titulaire du brevet, tant en ce qui concerne ce qu'il a inventé qu'en ce qui concerne d'autres domaines d'invention. Le Comité consultatif canadien de la biotechnologie explique ce point de vue de la façon suivante (p. 12) :

Étant donné que les formes de vie supérieures peuvent se reproduire sans aide, la délivrance d'un brevet sur une plante, une graine ou un animal couvre non seulement la plante, la graine ou l'animal vendu, mais également toute sa descendance renfermant l'invention brevetée, et ce pour toutes les générations jusqu'à l'expiration du brevet (20 ans à compter de la date d'antériorité). De plus, une grande partie de la valeur de toute forme de vie supérieure, particulièrement dans le cas d'animaux, provient des caractéristiques naturelles de l'organisme d'origine et n'a rien à voir avec l'invention. Vu les attributs uniques des inventions biologiques, l'octroi exclusivement au détenteur du brevet de droits qui s'appliquent non seulement à l'organisme renfermant l'invention, mais également à toute sa descendance représente une augmentation substantielle de la portée des droits offerts aux détenteurs de brevets. Il représente également un plus grand transfert d'intérêts économiques de la communauté agricole en faveur de l'industrie de la biotechnologie que dans d'autres champs scientifiques.

Ma conclusion ne contrevient pas à l'al. 27(3)b) de l'*ADPIC*, mais est plutôt étayée par cet alinéa, qui prévoit :

Article 27

3. Members may also exclude from patentability:

- (b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. . . .

167 Allowing gene and cell claims to extend patent protection to plants would render this provision of *TRIPS* meaningless. To find that possession of plants, as the embodiment of a gene or cell claim, constitute a “use” of that claim would have the same effect as patenting the plant. Therefore, my conclusion on both the scope of the claims and the scope of use is consistent with Canada’s international obligations under *TRIPS*.

168 Canada has a *sui generis* system of protection for plants. The *Plant Breeders’ Rights Act*, S.C. 1990, c. 20, represents a nuanced statutory regime that takes into consideration the rights of both the developers of new plant varieties and users. There is nothing in the *Plant Breeders’ Rights Act* that would exclude genetically modified new plant varieties, such as Roundup Ready Canola, from its purview.

169 While the “rights available under the *Plant Breeders’ Rights Act* fall well short of those conferred by patent, both in comprehensiveness and in duration” (*Harvard College, supra*, at para. 61), they may be all that Monsanto is entitled to. Indeed, Professor Vaver, *supra*, at p. 128, recognizes that patents should not necessarily be available when other, more tailored intellectual property protection exists. Monsanto has since had the opportunity to come within its protection even though the Act was not in force when Monsanto was granted its patent.

Article 27

3. Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité :

- b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d’obtention de végétaux ou d’animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. . . .

Permettre que les revendications relatives au gène et à la cellule étendent aux plantes la protection par brevet dépouillerait l’*ADPIC* de tout son sens. Conclure que la possession de plantes, en tant que réalisation de la revendication relative à un gène ou à une cellule, constitue une « exploitation » de cette revendication aurait la même incidence que breveter la plante. Par conséquent, ma conclusion sur la portée des revendications et celle de l’exploitation est conforme aux obligations internationales qui incombent au Canada en vertu de l’*ADPIC*.

Le Canada possède un système *sui generis* de protection des plantes. La *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, ch. 20, est un régime législatif nuancé qui tient compte des droits des obtenteurs de nouvelles variétés de plantes et de ceux des utilisateurs. Rien dans cette loi ne permet d’exclure de son champ d’application les nouvelles variétés de plantes génétiquement modifiées, comme le canola Roundup Ready.

Même si, « [s]ur le plan de la portée générale et de la durée, les droits offerts par la *Loi sur la protection des obtentions végétales* sont bien loin de correspondre à ceux conférés par un brevet » (*Harvard College*, précité, par. 61), ce sont peut-être les seuls auxquels Monsanto puisse prétendre. En effet, le professeur Vaver, *op. cit.*, p. 128, reconnaît qu’il ne devrait pas nécessairement être possible d’obtenir un brevet lorsqu’il existe une autre forme de protection intellectuelle mieux adaptée. Depuis, Monsanto a eu la possibilité de bénéficier de la protection de cette loi même si elle n’était pas en vigueur au moment de la délivrance de son brevet.

In light of my conclusion on the issue of infringement, it is unnecessary for me to consider the other issues on appeal.

III. Disposition

I would allow the appeal with costs to the appellants throughout.

APPENDIX

Patent Document Number 1,313,830: Glyphosate-Resistant Plants

The embodiments of the invention in which an exclusive property or privilege is claimed are defined as follows:

- 1. A chimeric plant gene which comprises:**
 - (a) a promoter sequence which functions in plant cells;
 - (b) a coding sequence which causes the production of RNA, encoding a chloroplast transit peptide/5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS) fusion polypeptide, which chloroplast transit peptide permits the fusion polypeptide to be imported into a chloroplast of a plant cell; and
 - (c) a 3' non-translated region which encodes a polyadenylation signal which functions in plant cells to cause the addition of polyadenylate nucleotides to the 3' end of the RNA;

the promoter being heterologous with respect to the coding sequence and adapted to cause sufficient expression of the fusion polypeptide to enhance the glyphosate resistance of a plant cell transformed with the gene.

- 2. A chimeric gene of Claim 1 in which the promoter sequence is a plant virus promoter sequence.**

- 3. A chimeric gene of Claim 2 in which the promoter sequence is a promoter sequence from cauliflower mosaic virus (CaMV).**

- 4. A chimeric gene of Claim 3 in which the promoter sequence is the CaMV35S promoter sequence.**

- 5. A chimeric gene of Claim 1 in which the coding sequence encodes a mutant 5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS).**

Vu ma conclusion sur la question de la contrefaçon, il n'est pas nécessaire que j'examine les autres questions soulevées dans le pourvoi.

170

III. Dispositif

J'accueillerais le pourvoi avec dépens en faveur des appellants dans toutes les cours.

171

ANNEXE

Brevet numéro 1,313,830 : Plantes résistant au glyphosate

[TRADUCTION]

Les réalisations de l'invention qui font l'objet d'une revendication de propriété ou de privilège exclusifs sont définies de la façon suivante :

- 1. Un gène chimère pour plante qui comprend :**
 - a) un promoteur fonctionnant dans des cellules végétales;
 - b) une séquence de codage qui produit l'ARN codant le peptide de transfert vers les chloroplastes et le polypeptide de fusion 5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS), lequel peptide de transfert vers les chloroplastes permet de transporter le polypeptide de fusion jusque dans un chloroplaste de cellule végétale;
 - c) une région non traduite en 3' qui code un signal de polyadénylation qui, dans les cellules végétales, permet l'addition de nucléotides de polyadénylates à l'extrémité 3' de l'ARN;

le promoteur est hétérologue eu égard à la séquence de codage et adapté pour permettre une expression suffisante du polypeptide de fusion afin d'améliorer la résistance au glyphosate de la cellule végétale transformée à l'aide du gène.

- 2. Un gène chimère de la revendication 1, dans lequel le promoteur est un promoteur de phytovirus.**

- 3. Un gène chimère de la revendication 2, dans lequel le promoteur est un promoteur du virus de la mosaïque du chou-fleur (CaMV).**

- 4. Un gène chimère de la revendication 3, dans lequel le promoteur est le promoteur CaMV35S.**

- 5. Un gène chimère de la revendication 1, dans lequel la séquence de codage code une 5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase (EPSPS) mutante.**

6. A chimeric gene of Claim 1 in which the EPSPS coding sequence encodes an EPSPS from an organism selected from the group consisting of bacteria, fungi and plants.

7. A chimeric gene of Claim 1 in which the chloroplast transit peptide is from a plant EPSPS gene.

8. A cloning or expression vector comprising a chimeric plant gene of Claim 1.

9. A cloning or expression vector of Claim 8 in which the chimeric plant gene encodes a chloroplast transit peptide of a plant EPSPS gene.

10. A cloning or expression vector of Claim 9 in which the chimeric plant gene comprises a promoter sequence from a plant virus.

11. A cloning or expression vector of Claim 10 in which the promoter sequence is a promoter sequence from cauliflower mosaic virus (CaMV).

12. A cloning or expression vector of Claim 11 in which the promoter sequence is the CaMV35S promoter sequence.

13. A cloning or expression vector of Claim 8 in which the chimeric plant gene comprises a coding sequence encoding a mutant 5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase.

14. A cloning or expression vector of Claim 8 in which the coding sequence encodes an EPSPS from an organism selected from the group consisting of bacteria, fungi and plants.

15. A plant transformation vector which comprises a chimeric gene of Claim 1.

16. A plant transformation vector of Claim 15 in which the chimeric plant gene encodes a chloroplast transit peptide of a plant EPSPS gene.

17. A plant transformation vector of Claim 15 in which the chimeric plant gene comprises a promoter sequence from a plant virus.

18. A plant transformation vector of Claim 17 in which the promoter sequence is a promoter sequence from cauliflower mosaic virus (CaMV).

19. A plant transformation vector of Claim 18 in which the promoter sequence is the CaMV35S promoter sequence.

6. Un gène chimère de la revendication 1, dans lequel la séquence de codage de l'EPSPS code une EPSPS d'un organisme choisi dans le groupe des bactéries, des champignons et des plantes.

7. Un gène chimère de la revendication 1, dans lequel le peptide de transfert vers un chloroplaste provient d'un gène d'EPSPS de plante.

8. Un vecteur de clonage ou d'expression comportant un gène chimère pour plante de la revendication 1.

9. Un vecteur de clonage ou d'expression de la revendication 8, dans lequel le gène chimère pour plante code un peptide de transfert vers le chloroplaste d'un gène d'EPSPS de plante.

10. Un vecteur de clonage ou d'expression de la revendication 9, dans lequel le gène chimère pour plante comporte un promoteur de phytovirus.

11. Un vecteur de clonage ou d'expression de la revendication 10, dans lequel le promoteur est un promoteur du virus de la mosaïque du chou-fleur (CaMV).

12. Un vecteur de clonage ou d'expression de la revendication 11, dans lequel le promoteur est le promoteur CaMV35S.

13. Un vecteur de clonage ou d'expression de la revendication 8, dans lequel le gène chimère pour plante comporte une séquence de codage codant une 5-énolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase mutante.

14. Un vecteur de clonage ou d'expression de la revendication 8, dans lequel la séquence de codage code une EPSPS d'un organisme choisi dans le groupe des bactéries, des champignons et des plantes.

15. Un vecteur de transformation de plantes comportant un gène chimère de la revendication 1.

16. Un vecteur de transformation de plantes de la revendication 15, dans lequel le gène chimère pour plante code un peptide de transfert vers le chloroplaste d'un gène d'EPSPS de plante.

17. Un vecteur de transformation de plantes de la revendication 15, dans lequel le gène chimère pour plante comporte un promoteur de phytovirus.

18. Un vecteur de transformation de plantes de la revendication 17, dans lequel le promoteur est un promoteur du virus de la mosaïque du chou-fleur (CaMV).

19. Un vecteur de transformation de plantes de la revendication 18, dans lequel le promoteur est le promoteur CaMV35S.

20. A plant transformation vector of Claim 15 in which the chimeric plant gene comprises a coding sequence encoding a mutant 5-enolpyruylshikimate-3-phosphate synthase.

21. A plant transformation vector of Claim 15 in which the coding sequence encodes an EPSPS from an organism selected from the group consisting of bacteria, fungi and plants.

22. A glyphosate-resistant plant cell comprising a chimeric plant gene of Claim 1.

23. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 22 in which the promoter sequence is a plant virus promoter sequence.

24. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 23 in which the promoter sequence is a promoter sequence from cauliflower mosaic virus (CaMV).

25. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 24 in which the promoter sequence is the CaMV35S promoter sequence.

26. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 22 in which the coding sequence encodes a mutant 5-enolpyruylshikimate-3-phosphate synthase.

27. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 22 in which the coding sequence encodes an EPSPS from an organism selected from the group consisting of bacteria, fungi and plants.

28. A glyphosate-resistant plant cell of Claim 22 in which the chloroplast transit peptide is from a plant EPSPS gene.

29. A method for producing a glyphosate-resistant dicotyledonous plant which comprises:

- (a) transforming plant cells using an *Agrobacterium* transformation vector comprising a chimeric plant gene of Claim 1; and
- (b) regenerating glyphosate-resistant plants from said transformed plant cells.

30. A method of Claim 29 in which the chimeric plant gene comprises a plant virus promoter sequence.

31. A method of Claim 30 in which the promoter sequence is a promoter sequence from cauliflower mosaic virus (CaMV).

20. Un vecteur de transformation de plantes de la revendication 15, dans lequel le gène chimère pour plante comporte une séquence de codage codant une 5-enolpyruylshikimate-3-phosphate synthase mutante.

21. Un vecteur de transformation de plantes de la revendication 15, dans lequel la séquence de codage code une EPSPS d'un organisme choisi dans le groupe des bactéries, des champignons et des plantes.

22. Une cellule végétale résistant au glyphosate, comportant un gène chimère pour plante de la revendication 1.

23. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 22, dans laquelle le promoteur est un promoteur de phytovirus.

24. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 23, dans laquelle le promoteur est un promoteur du virus de la mosaïque du chou-fleur (CaMV).

25. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 24, dans laquelle le promoteur est le promoteur CaMV35S.

26. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 22, dans laquelle la séquence de codage code une 5-enolpyruylshikimate-3-phosphate synthase mutante.

27. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 22, dans laquelle la séquence de codage code une EPSPS d'un organisme choisi dans le groupe des bactéries, des champignons et des plantes.

28. Une cellule végétale résistant au glyphosate de la revendication 22, dans laquelle le peptide de transfert vers un chloroplaste provient d'un gène d'EPSPS de plante.

29. Une méthode de production d'une dicotylédone résistant au glyphosate, qui consiste :

- a) à transformer des cellules végétales en utilisant comme vecteur un *Agrobacterium* comportant un gène chimère pour plante de la revendication 1;
- b) à régénérer des plantes résistant au glyphosate à partir des cellules végétales transformées.

30. Une méthode de la revendication 29, dans laquelle le gène chimère pour plante comporte un promoteur de phytovirus.

31. Une méthode de la revendication 30, dans laquelle le promoteur est un promoteur du virus de la mosaïque du chou-fleur (CaMV).

32. A method of Claim 31 in which the promoter sequence is the CaMV35S promoter sequence.

33. A method of Claim 29 in which the chimeric gene comprises a coding sequence encoding a mutant 5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase.

34. A method of Claim 29 in which the coding sequence encodes an EPSPS from an organism selected from the group consisting of bacteria, fungi and plants.

35. A method of Claim 29 in which the coding sequence encodes the chloroplast transit peptide from a plant EPSPS gene.

36. A method for producing a glyphosate-resistant plant cell which comprises transforming the plant cell with a plant transformation vector of Claim 15.

37. A method of Claim 36 in which the chimeric gene comprises a promoter sequence from a plant virus.

38. A method of Claim 37 in which the promoter sequence is a promoter sequence from cauliflower mosaic virus (CaMV).

39. A method of Claim 38 in which the promoter sequence is the CaMV35S promoter sequence.

40. A method of Claim 36 in which the chimeric gene comprises a coding sequence encoding a mutant 5-enolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase.

41. A method of Claim 36 in which the coding sequence encodes an EPSPS from an organism selected from the group consisting of bacteria, fungi and plants.

42. A method of Claim 36 in which the coding sequence encodes the chloroplast transit peptide from a plant EPSPS gene.

43. A glyphosate-resistant tomato cell of Claim 22.

44. A glyphosate-resistant tobacco cell of Claim 22.

45. A glyphosate-resistant oil seed rape cell of Claim 22.

46. A glyphosate-resistant flax cell of Claim 22.

47. A glyphosate-resistant soybean cell of Claim 22.

32. Une méthode de la revendication 31, dans laquelle le promoteur est le promoteur CaMV35S.

33. Une méthode de la revendication 29, dans laquelle le gène chimère comporte une séquence de codage codant une 5-énolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase mutante.

34. Une méthode de la revendication 29, dans laquelle la séquence codage code une EPSPS d'un organisme choisi dans le groupe des bactéries, des champignons et des plantes.

35. Une méthode de la revendication 29, dans laquelle la séquence de codage code le peptide de transfert vers le chloroplaste d'un gène d'EPSPS de plante.

36. Une méthode de production d'une cellule végétale résistant au glyphosate, qui consiste à transformer la cellule végétale à l'aide d'un vecteur de transformation de plantes de la revendication 15.

37. Une méthode de la revendication 36, dans laquelle le gène chimère comporte un promoteur de phytovirus.

38. Une méthode de la revendication 37, dans laquelle le promoteur est un promoteur du virus de la mosaïque du chou-fleur (CaMV).

39. Une méthode de la revendication 38, dans laquelle le promoteur est le promoteur CaMV35S.

40. Une méthode de la revendication 36, dans laquelle le gène chimère comporte une séquence de codage codant une 5-énolpyruvylshikimate-3-phosphate synthase mutante.

41. Une méthode de la revendication 36, dans laquelle la séquence de codage code une EPSPS d'un organisme choisi dans le groupe des bactéries, des champignons et des plantes.

42. Une méthode de la revendication 36, dans laquelle la séquence de codage code le peptide de transfert vers le chloroplaste d'un gène d'EPSPS de plante.

43. Une cellule de tomate résistant au glyphosate de la revendication 22.

44. Une cellule de tabac résistant au glyphosate de la revendication 22.

45. Une cellule de colza oléagineux résistant au glyphosate de la revendication 22.

46. Une cellule de lin résistant au glyphosate de la revendication 22.

47. Une cellule de soja résistant au glyphosate de la revendication 22.

48. A glyphosate-resistant sunflower cell of Claim 22.

49. A glyphosate-resistant sugar beet cell of Claim 22.

50. A glyphosate-resistant alfalfa cell of Claim 22.

51. A glyphosate-resistant cotton cell of Claim 22.

52. Plasmid pMON546, ATCC accession number 53213.

Appeal allowed in part, IACOBUCCI, BASTARACHE, ARBOUR and LEBEL JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellants: Priel, Stevenson, Hood & Thornton, Saskatoon.

Solicitors for the respondents: Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Canola Growers Association: McCarthy & Brown, Carman, Manitoba.

Solicitors for the intervener Ag-West Biotech Inc.: McDougall Gauley, Saskatoon.

Solicitors for the intervener BIOTECanada: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Seed Trade Association: Smart & Biggar, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Council of Canadians, the Action Group on Erosion, Technology and Concentration, the Sierra Club of Canada, the National Farmers Union, the Research Foundation for Science, Technology and Ecology, and the International Centre for Technology Assessment: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

48. Une cellule de tournesol résistant au glyphosate de la revendication 22.

49. Une cellule de betterave à sucre résistant au glyphosate de la revendication 22.

50. Une cellule de luzerne résistant au glyphosate de la revendication 22.

51. Une cellule de coton résistant au glyphosate de la revendication 22.

52. Plasmide pMON546, numéro d'accession ATCC 53213.

Pourvoi accueilli en partie, les juges IACOBUCCI, BASTARACHE, ARBOUR et LEBEL sont dissidents en partie.

Procureurs des appellants : Priel, Stevenson, Hood & Thornton, Saskatoon.

Procureurs des intimés : Sim, Hughes, Ashton & McKay, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Canola Growers Association : McCarthy & Brown, Carman, Manitoba.

Procureurs de l'intervenante Ag-West Biotech Inc. : McDougall Gauley, Saskatoon.

Procureurs de l'intervenante BIOTECanada : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du commerce des semences : Smart & Biggar, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Conseil des Canadiens, le Groupe d'action sur l'érosion, la technologie et la concentration, le Sierra Club du Canada, le Syndicat national des cultivateurs, Research Foundation for Science, Technology and Ecology et International Centre for Technology Assessment : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review applicable to decision of municipality delineating its jurisdiction.

UNITED TAXI DRIVERS' FELLOWSHIP OF SOUTHERN ALBERTA v. CALGARY (CITY), 485.

2. Judicial review — Standard of review — Securities Commission — Commission imposing maximum administrative penalty — Standard of review applicable to Commission's decision — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418.

CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE), 672.

3. Judicial review — Solicitor-client privilege — In-house counsel — Legal opinions — Complainant seeking production of legal opinion prepared by Human Rights Commission's in-house counsel — Whether legal opinions prepared by in-house counsel protected by solicitor-client privilege.

PRITCHARD v. ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 809.

4. Judicial review — Procedure — Record of proceedings — Solicitor-client privilege — Decision-maker served with notice of application for judicial review of its decision must file in court for use in application record of proceedings in which decision was made — Whether expression "record of the proceedings" in s. 10 of Ontario Judicial Review Procedure Act abrogates solicitor-client privilege — Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 10.

PRITCHARD v. ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 809.

APPEAL

Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Leave to appeal — Retired judges — Judge retiring after application for leave to appeal submitted to his panel — Judgment released six weeks after judge's retirement — Whether retired judge can participate in judgment on leave application — Judges Act, R.S.C. 1985, c. J-1, s. 41.1(1).

C.U. v. ALBERTA (DIRECTOR OF CHILD WELFARE), 336.

BANKRUPTCY

Proposals — Disclaimer of commercial leases — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether repudiation of leases under s. 65.2 relieved first tenant of its obligations as original lessee — Whether post-disclaimer, assignors and guarantors must be treated in same manner with respect to liability — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.

CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. v. DOMGROUP LTD., 60.

BARRISTERS AND SOLICITORS

Solicitor-client privilege — In-house counsel — Legal opinions — Whether legal opinion prepared by in-house counsel for administrative board protected by solicitor-client privilege.

PRITCHARD v. ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION), 809.

CIVIL LAW

1. Professional secrecy — Lawyers — Obligation of confidentiality — Immunity from disclosure — Means of exercising professional secrecy — Content and scope of obligation of confidentiality.

FOSTER WHEELER POWER CO. v. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE DE GESTION ET D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS (SIGED) INC., 456.

2. Professional secrecy — Obligation of confidentiality — Waiver — Whether questions asked during examinations on discovery violate lawyer's obligation of confidentiality — Whether professional secrecy was waived.

FOSTER WHEELER POWER CO. v. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE DE GESTION ET D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS (SIGED) INC., 456.

CIVIL LIABILITY

1. Professional liability — Notaries — Indemnity fund — Elderly client selling property to notary for one dollar — Property later sold by notary for \$550,000 — Sale annulled by court — Notary declaring bankruptcy — Claim against Indemnity Fund of Chambre des notaires — Administrative Committee of Chambre rejecting claim on ground that notary was acting in personal rather than professional capacity — Whether Administrative Committee's decision patently unreasonable — Regulation respecting the indemnity fund of the Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 8, s. 2.01 — Code of ethics of notaries, R.R.Q., c. N-2, r. 3, s. 4.02.01.

GIGUÈRE v. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 3.

2. Professional liability — Notaries — Indemnity fund — Maximum indemnity payable for total claims against same notary established by regulation at \$300,000 — Whether ceiling excludes any award of interest or additional indemnity under Civil Code — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1617, 1619.

GIGUÈRE v. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 3.

CIVIL PROCEDURE

Seizure — Self-directed registered retirement savings plan — Whether funds in self-directed registered retirement savings plan exempt from seizure.

BANK OF NOVA SCOTIA v. THIBAULT, 758.

CIVIL RIGHTS

1. Unlawful interference with right — Remedy — Police officer — Discriminatory refusal to hire resulting from application of minimum standard for hearing acuity adopted by CUM pursuant to enabling Act — Quebec Tribunal des droits de la personne dismissing damages claim, declaring regulatory standard inoperable in relation to complainant and directing CUM to place complainant back in hiring process retroactively — Whether remedy appropriate — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL, 789.

2. Unlawful interference with right — Remedy — Damages — Principles of public law ruling out possibility of awarding damages when legislation declared unconstitutional — Whether these principles impede implementation of s. 49 of

CIVIL RIGHTS — Concluded

Charter of Human Rights and Freedoms which entitles victims to damages — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.

QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL, 789.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision unconstitutionally vague or overbroad — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.

CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH AND THE LAW v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 76.

2. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision infringes right not to be subject to cruel and unusual treatment or punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.

CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH AND THE LAW v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 76.

3. Charter of Rights — Equality rights — Children — Corporal punishment — Section 43 of Criminal Code justifying use of reasonable force by parents and teachers by way of correction of child or pupil — Whether provision infringes right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 43.

CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH AND THE LAW v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 76.

4. Division of powers — Federal undertaking — Works declared to be for general advantage of Canada — Flour mills — Interpretation of s. 76 of Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1985, c. C-24.

NUTRIBEC LTÉE v. QUEBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES), 824.

5. Charter of Rights — Freedom of expression — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Attribution, registration and disclosure requirements — Blackout period — Whether third party election advertising scheme and blackout on third party advertising on polling day infringe freedom of expression — If so, whether infringement

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 323, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362.

HARPER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 827.

6. Charter of Rights — Right to vote — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Attribution, registration and disclosure requirements — Blackout period — Whether third party election advertising scheme and blackout on third party advertising on polling day infringe right to vote — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 323, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362.

HARPER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 827.

7. Charter of Rights — Freedom of association — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Whether limits on third party election advertising expenses infringe freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 351, 356, 357(3), 359, 362.

HARPER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 827.

CONTRACTS

1. Interest — Criminal rate — Illegality — Severability — Section 347 of Criminal Code prohibiting effective annual interest rate in excess of 60 percent — Contract found to contravene prohibition — Offending interest rate read down so that contract provided for maximum legal rate of interest — Whether "notional severance" available as remedy in cases arising under s. 347 — Whether application of notional severance appropriate in this case — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 347.

TRANSPORT NORTH AMERICAN EXPRESS INC. v. NEW SOLUTIONS FINANCIAL CORP., 249.

2. Repudiation — Damages — Approach to assessing damages for breach of contract with alternative modes of performance.

HAMILTON v. OPEN WINDOW BAKERY LTD., 303.

COPYRIGHT

1. Infringement — Photocopying — Fax transmissions — Law Society providing custom photocopy service and maintaining self-service photocopiers in library for use by patrons — Legal publishers bringing copyright infringement

COPYRIGHT — Concluded

actions against Law Society — Whether publishers' headnotes, case summary, topical index and compilation of reported judicial decisions "original" works covered by copyright — If so, whether Law Society breached publishers' copyright — Whether Law Society's fax transmissions of publishers' works constitute communications "to the public" — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

CCH CANADIAN LTD. v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, 339.

2. Infringement — Exception — Fair dealings — Law Society providing custom photocopy service and maintaining self-service photocopiers in library for use by patrons — Legal publishers bringing copyright infringement actions against Law Society — Whether Law Society's dealings with publishers' works "fair dealings" — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

CCH CANADIAN LTD. v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, 339.

3. Works in which copyright may subsist — Meaning of "original" work — Whether headnotes, case summary, topical index and compilation of reported judicial decisions "original" works covered by copyright — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 2 "every original literary, dramatic, musical and artistic work".

CCH CANADIAN LTD. v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, 339.

COSTS

Scale — Variation of scale by appellate court — Elements required for appellate court to set aside or vary award of costs.

HAMILTON v. OPEN WINDOW BAKERY LTD., 303.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Witnesses — Cross-examination — Right of accused to cross-examine prosecution witnesses — Whether counsel must provide evidentiary foundation for cross-examination or whether good faith basis sufficient for raising questions.

R. v. LYTTLE, 193.

2. Procedural unfairness at trial — Curative proviso — Defence counsel obliged to call police investigators as her own witnesses against her wishes and to forfeit statutory right to address jury last — Whether resulting trial unfairness could be

CRIMINAL LAW — Continued

saved by applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. LYTTLE, 193.

3. Elements of offence — Laundering proceeds of crime — Actus reus — English and French versions describing actus reus of offence differently — Version to be favoured — Principles of bilingual statutory interpretation — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.31.

R. v. DAOUST, 217.

4. Elements of offence — Laundering proceeds of crime — Mens rea — Meaning of expression "intent to convert" — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.31.

R. v. DAOUST, 217.

5. Evidence — Corroboration — Accomplices — Accused charged with armed robberies — Evidence of accomplice corroborated as to robbery but not as to identity of accused — Where identity only issue at trial, whether corroboration must implicate accused.

R. v. KEHLER, 328.

6. Courts — Jurisdiction — Appeals — Death of appellant — Appellant convicted of second degree murder — Appellant filing notice of appeal but dying before appeal could be heard — Crown moving to abate appeal seven years after appellant's death — Jurisdiction to hear criminal appeal where appellant dies — Whether Court of Appeal should exercise discretion to hear appeal.

R. v. SMITH, 385.

7. Sentencing — Manslaughter — Life sentence — Accused convicted of manslaughter resulting from rape and subsequent death of 76-year-old victim — Sentencing judge characterizing offence as one of "stark horror" — Whether judge considered all relevant factors and exercised his discretion judicially in sentencing accused to life imprisonment.

R. v. CHEDDESINGH, 433.

8. Sentencing — Eligibility for parole — Appropriateness of parole ineligibility order.

R. v. CHEDDESINGH, 433.

9. Mental disorder — Dispositions by review board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that disposition made by review board must be "the least onerous and least restrictive to the accused" — Whether "least onerous and least restrictive" requirement applies to particular conditions forming part of disposition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

PENETANGUISHENE MENTAL HEALTH CENTRE v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 498.

CRIMINAL LAW — Concluded

10. Mental disorder — Dispositions by review board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that disposition made by review board must be "the least onerous and least restrictive to the accused" — Whether "least onerous and least restrictive" requirement applies to particular conditions forming part of disposition — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

PINET v. ST. THOMAS PSYCHIATRIC HOSPITAL, 528.

11. Appeals — Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Dissent in Court of Appeal raising question of law — Motion to quash appeal dismissed.

R. v. LOHRER, 627.

12. Defences — Mental disorder automatism — Trial for murder before judge and jury — Trial judge withholding defence of mental disorder automatism from jury — Nature of evidential burden — Whether accused entitled to have defence considered and decided by jury.

R. v. FONTAINE, 702.

EVIDENCE

Professional secrecy — Burden of proof — Whether party invoking professional secrecy has initial burden of proving that information sought is protected by obligation of confidentiality.

FOSTER WHEELER POWER CO. v. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE DE GESTION ET D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS (SIGED) INC., 456.

FAMILY LAW

1. Division of property — Marriage agreement — Parties electing separate property regime in marriage agreement — Whether marriage agreement unfair — Whether judicial reapportionment should be upheld — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 65(1).

HARTSHORNE v. HARTSHORNE, 550.

2. Family assets — Law practice — Wife contributing indirectly to husband's law practice through household management and childrearing — Whether law practice should be considered a family asset — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 58(3)(e), 59(2).

HARTSHORNE v. HARTSHORNE, 550.

3. Maintenance — Division of property — Double recovery — Parties electing separate property regime in marriage

FAMILY LAW — Concluded

agreement — Whether judicial reapportionment of asset constituting main source of income resulted in double recovery.

HARTSHORNE V. HARTSHORNE, 550.

INCOME TAX

Income from employment — Deductions — Sales expenses — Purchase of client list — Financial advisor borrowing money to purchase colleague's client list — Whether payment to purchase client list and interest paid on borrowed funds deductible — Whether payments were "on account of capital" — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. I (5th Supp.), s. 8(1)(f).

GIFFORD V. CANADA, 411.

INSURANCE

Damage insurance — Insurance policy purchased by hypothecary debtor — Subrogation clause providing that insurer was subrogated to rights of hypothecary creditor against debtor or owner against whom it claimed to be entitled to raise ground of non-warranty — Whether art. 2474 of Civil Code of Québec precludes conventional subrogation of insurer to rights of hypothecary creditor against its debtor.

9050-3400 QUÉBEC INC. V. RIVERIN, GIRARD & ASSOCIÉS INC., 301.

JUDICIAL REVIEW

1. Labour relations — Interpretation of collective agreement — Arbitrator's award — Appropriate standard of review.

VOICE CONSTRUCTION LTD. V. CONSTRUCTION & GENERAL WORKERS' UNION, LOCAL 92, 609.

2. Labour relations — Standard of review — Arbitration board — Employee dismissed without just cause for non-culpable deficiency — Board awarding damages in lieu of reinstatement — Standard of review applicable to board's interpretation of remedial provision and to board's award — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 142(2).

ALBERTA UNION OF PROVINCIAL EMPLOYEES V. LETHBRIDGE COMMUNITY COLLEGE, 727.

LABOUR RELATIONS

1. Strike — Anti-strike breaking provision — Injunction — Employer ceasing to provide services performed by striking stage technicians — Tenants of performance halls becoming responsible for technical services — Whether employer infringed s. 109.1(b) of Labour Code, which prohibits employer from utilizing services of person employed by another employer to discharge duties of employees on strike — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 109.1(b).

I.A.T.S.E., STAGE LOCAL 56 V. SOCIÉTÉ DE LA PLACE DES ARTS DE MONTRÉAL, 43.

2. Collective agreement — Interpretation by labour arbitrator — Employer's obligation to hire dispatched workers — Appropriate standard of review of arbitrator's award.

VOICE CONSTRUCTION LTD. V. CONSTRUCTION & GENERAL WORKERS' UNION, LOCAL 92, 609.

3. Arbitration board — Scope of arbitration board's remedial jurisdiction — Employee dismissed without just cause for non-culpable deficiency — Board awarding damages in lieu of reinstatement — Whether arbitration board could award damages in lieu of reinstatement for dismissal for non-culpable deficiency — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 142(2).

ALBERTA UNION OF PROVINCIAL EMPLOYEES V. LETHBRIDGE COMMUNITY COLLEGE, 727.

LANDLORD AND TENANT

Commercial leases — Assignment clause — Insolvent commercial tenant — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether rights between landlords and original tenant affected by proceedings under s. 65.2 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.

CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. V. DOMGROUP LTD., 60.

MUNICIPAL LAW

Bylaws — Jurisdiction to pass bylaws — Municipal bylaw regulating taxi industry by stipulating licence requirements and freezing number of licences — Proper approach to interpretation of statutes empowering municipalities — Whether bylaw ultra

MUNICIPAL LAW — Concluded

vires municipality under its governing legislation — Municipal Government Act, S.A. 1994, c. M-26.1, ss. 7, 8, 9.

UNITED TAXI DRIVERS' FELLOWSHIP OF SOUTHERN ALBERTA v. CALGARY (CITY), 485.

PATENTS

1. Scope and validity of patent — Patentable subject matter — Biotechnology — Genes and cells — Whether patents extent to plants — Patent claims disclosing genetically modified genes and cells which, when inserted into plants, increased tolerance to glyphosate herbicides — Whether patent valid.

MONSANTO CANADA INC. v. SCHMEISER, 902.

2. Infringement — Patent disclosing genetically modified genes and cells which, when inserted into plants, increased tolerance to glyphosate herbicides — Agricultural production of canola containing patented cell and gene without obtaining licence or permission — Whether patent infringed — Meaning of word "use" in s. 42 of Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4.

MONSANTO CANADA INC. v. SCHMEISER, 902.

3. Remedy — Accounting of profits — Whether accounting of profits may be claimed in absence of evidence of profit attributable to invention.

MONSANTO CANADA INC. v. SCHMEISER, 902.

PRACTICE

Parties — Substitution of party.

CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE), 672.

PROPERTY LAW

Annuity — Trust — Registered retirement savings plan — Exemption from seizure — Right to withdraw funds — Alienation of capital — Whether self-directed registered retirement savings plan could be characterized as annuity or trust — Whether funds in self-directed registered retirement savings plan exempt from seizure — Civil Code requirements for registered retirement

PROPERTY LAW — Concluded

savings plan to qualify as annuity or trust and be exempt from seizure.

BANK OF NOVA SCOTIA v. THIBAULT, 758.

RESTITUTION

Unjust enrichment — Late payment penalty — Customers of regulated gas utility claiming restitution for unjust enrichment arising from late payment penalties levied by utility in excess of interest limit prescribed by s. 347 of Criminal Code — Whether customers have claim for unjust enrichment — Defences that can be mounted by utility to resist claim — Whether other ancillary orders necessary.

GARLAND v. CONSUMERS' GAS CO., 629.

SECURITIES

1. Securities Commission — Enforcement — Administrative penalty — Principles Commission must consider in imposing administrative penalty in public interest — General deterrence — Commission imposing maximum administrative penalty against two securities brokers for breach of prospectus requirement — Whether general deterrence appropriate factor in assessing penalty in public interest — Whether Commission must consider settlement agreements entered into by its Executive Director with other brokers in assessing sanctions — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 162.

CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE), 672.

2. Securities Commission — Appeal of Commission decision — Commission imposing maximum administrative penalty against two securities brokers for breach of prospectus requirement — Whether Court of Appeal erred in reducing penalty — Whether penalty matter should have been referred back to Commission — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 167(3).

CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE), 672.

STATUTES

1. Interpretation — Bilingual statutes — Criminal Code — English and French versions describing actus reus of offence

STATUTES — Concluded

differently — Version to be favoured — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.31.

R. v. DAOUST, 217.

2. Interpretation — Declaratory law — Contract for constitution of annuity — Effect of statutory provision declaring that stipulation allowing total or partial withdrawal does not prevent annuity contract from being considered annuity — Act to amend the Act respecting insurance and other legislative provisions, S.Q. 2002, c. 70, s. 187.

BANK OF NOVA SCOTIA v. THIBAULT, 758.

TORTS

1. Damages — Determination of award — Whether rate of return should be taken into account in assessing award — Whether tax gross-up and management fees should be calculated on award established at trial or on figure determined at later date — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 56 — Law and Equity Regulation, B.C. Reg. 352/81.

TOWNSEND v. KROPPMANNS, 315.

TORTS — Concluded

2. Intentional torts — Liability — Corporation sole — Sexual abuse — Boys sexually abused by priest — Whether episcopal corporation liable for priest's sexual assault of boys — Whether corporation sole's activities and liability confined to matters pertaining to property.

JOHN DOE v. BENNETT, 436.

3. Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Boys sexually abused by priest — Whether episcopal corporation vicariously liable for priest's sexual assault of boys.

JOHN DOE v. BENNETT, 436.

INDEX

APPEL

Cour suprême du Canada — Compétence — Autorisation d'appel — Juges retraités — Départ à la retraite d'un juge après la présentation d'une demande d'autorisation d'appel à la formation dont il était membre — Jugement déposé six semaines après le départ à la retraite du juge — Le juge retraité peut-il participer au jugement relatif à une demande d'autorisation? — Loi sur les juges, L.R.C. 1985, ch. J-1, art. 41.1(1).

C.U. C. ALBERTA (DIRECTOR OF CHILD WELFARE), 336.

ASSURANCES

Assurances de dommage — Police d'assurance souscrite par un débiteur hypothécaire — Clause de subrogation prévoyant que l'assureur est subrogé dans les droits du créancier hypothécaire contre le débiteur ou propriétaire auquel il se croit justifié d'opposer un motif de non-garantie — L'article 2474 du Code civil du Québec fait-il obstacle à la subrogation conventionnelle de l'assureur dans les droits du créancier hypothécaire à l'égard de son débiteur?

9050-3400 QUÉBEC INC. C. RIVERIN, GIRARD & ASSOCIÉS INC., 301.

AVOCATS ET PROCUREURS

Privilège avocat-client — Avocat interne — Avis juridique — L'avis juridique établi par un avocat interne pour un organisme administratif est-il protégé par le privilège avocat-client?

PRITCHARD C. ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE), 809.

BREVETS

1. Portée et validité du brevet — Objet brevetable — Biotechnologie — Gènes et cellules — Les brevets s'appliquent-ils aux plantes? — Revendications de brevet divulguant des gènes et cellules génétiquement modifiés qui, une fois insérés dans des

BREVETS — Fin

plantes, en augmentent la tolérance aux herbicides à base de glyphosate — Le brevet est-il valide?

MONSANTO CANADA INC. C. SCHMEISER, 902.

2. Contrefaçon — Brevet divulguant des gènes et cellules génétiquement modifiés qui, une fois insérés dans des plantes, en augmentent la tolérance aux herbicides à base de glyphosate — Production agricole de canola contenant une cellule et un gène brevetés, sans licence ni autorisation en ce sens — Le brevet est-il contrefait? — Sens du verbe « exploiter » figurant à l'art. 42 de la Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4.

MONSANTO CANADA INC. C. SCHMEISER, 902.

3. Réparation — Remise des profits — Peut-on solliciter une remise de profits en l'absence de preuve que l'invention a permis de réaliser un profit?

MONSANTO CANADA INC. C. SCHMEISER, 902.

CONTRATS

1. Intérêt — Taux criminel — Illégalité — Divisibilité — Prohibition par l'art. 347 du Code criminel des taux d'intérêt annuels effectifs dépassant 60 pour 100 — Contrat jugé contraire à cette prohibition — Réduction du taux d'intérêt illégal prévu par le contrat pour que celui-ci prévoit le taux d'intérêt maximum autorisé par la loi — La « divisibilité fictive » peut-elle être utilisée comme réparation en cas de contraventions à l'art. 347? — Convenient-il d'appliquer la divisibilité fictive en l'espèce? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 347.

TRANSPORT NORTH AMERICAN EXPRESS INC. C. NEW SOLUTIONS FINANCIAL CORP., 249.

2. Résiliation — Dommages-intérêts — Méthode de calcul des dommages-intérêts pour inexécution d'un contrat prévoyant différents modes d'exécution.

HAMILTON C. OPEN WINDOW BAKERY LTD., 303.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

1. Relations de travail — Interprétation de la convention collective — Sentence arbitrale — Norme de contrôle appropriée.

VOICE CONSTRUCTION LTD. C. CONSTRUCTION & GENERAL WORKERS' UNION, LOCAL 92, 609.

2. Relations de travail — Norme de contrôle — Conseil d'arbitrage — Congédiement injustifié d'une employée pour cause de lacunes non blâmables — Dommages-intérêts accordés par le conseil au lieu de la réintégration — Norme de contrôle applicable à l'interprétation par le conseil de la disposition concernant le pouvoir de réparation et à la sentence prononcée par le conseil — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 142(2).

ALBERTA UNION OF PROVINCIAL EMPLOYEES C. LETHBRIDGE COMMUNITY COLLEGE, 727.

DÉLITS CIVILS

1. Dommages-intérêts — Détermination du montant de l'indemnité — Le taux de rendement doit-il être pris en compte dans l'évaluation de l'indemnité? — La majoration pour impôt et les honoraires pour services de gestion doivent-ils être calculés à partir du montant de l'indemnité établi au procès ou d'un autre montant déterminé à une date ultérieure? — Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, ch. 253, art. 56 — Law and Equity Regulation, B.C. Reg. 352/81.

TOWNSEND C. KROPPMANNS, 315.

2. Délits intentionnels — Responsabilité — Personne morale simple — Agressions sexuelles — Jeunes garçons agressés sexuellement par un prêtre — La corporation épiscopale est-elle responsable des agressions sexuelles commises par le prêtre contre les jeunes garçons? — Les activités de la personne morale simple et sa responsabilité se limitent-elles aux opérations touchant ses biens?

UNTEL C. BENNETT, 436.

3. Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agressions sexuelles — Jeunes garçons agressés sexuellement par un prêtre — La corporation épiscopale est-elle responsable du fait d'autrui à l'égard des agressions sexuelles commises par le prêtre contre les jeunes garçons?

UNTEL C. BENNETT, 436.

DÉPENS

Base de calcul — Cour d'appel modifiant la base de calcul — Éléments requis pour qu'une cour d'appel annule ou modifie une attribution de dépens.

HAMILTON C. OPEN WINDOW BAKERY LTD., 303.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision de la municipalité de définir sa compétence.

UNITED TAXI DRIVERS' FELLOWSHIP OF SOUTHERN ALBERTA C. CALGARY (VILLE), 485.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission des valeurs mobilières — Imposition de la sanction administrative maximale par la Commission — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commission — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418.

CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE), 672.

3. Révision judiciaire — Privilège avocat-client — Avocat interne — Avis juridique — Plaignante ayant demandé la production d'un avis juridique établi par l'avocate interne de la Commission des droits de la personne — L'avis juridique établi par un avocat interne est-il protégé par le privilège avocat-client?

PRITCHARD C. ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE), 809.

4. Révision judiciaire — Procédure — Dossier de l'instance — Privilège avocat-client — L'organe décisionnel auquel est signifié une requête en révision judiciaire de sa décision doit déposer à la cour, aux fins de la requête, le dossier de l'instance d'où émane la décision — L'expression « dossier de l'instance » employée à l'art. 10 de la Loi sur la procédure de révision judiciaire de l'Ontario a-t-elle pour effet d'écartier le privilège avocat-client? — Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 10.

PRITCHARD C. ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE), 809.

DROIT CIVIL

1. Secret professionnel — Avocats — Obligation de confidentialité — Immunité de divulgation — Modalités d'exercice du secret professionnel de l'avocat — Contenu et portée de l'obligation de confidentialité.

SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE FOSTER WHEELER LTÉE C. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE DE GESTION ET D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS (SIGED) INC., 456.

DROIT CIVIL — Fin

2. Secret professionnel — Obligation de confidentialité — Renonciation — Les questions posées lors de l'interrogatoire préalable violent-elles l'obligation de confidentialité de l'avocat? — Y a-t-il eu renonciation au secret professionnel?

SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE FOSTER WHEELER LTÉE C. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE DE GESTION ET D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS (SIGED) INC., 456.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition est-elle inconstitutionnellement imprécise ou a-t-elle une portée excessive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.

CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH AND THE LAW C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 76.

2. Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.

CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH AND THE LAW C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 76.

3. Charte des droits — Droit à l'égalité — Enfants — Châtiment corporel — Article 43 du Code criminel prévoyant que tout père, mère ou instituteur est fondé à employer une force raisonnable pour corriger un enfant ou un élève — Cette disposition porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 43.

CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH AND THE LAW C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 76.

4. Partage des compétences — Entreprise fédérale — Ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada — Minoteries — Interprétation de l'art. 76 de la Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. 1985, ch. C-24.

NUTRIBEC LTÉE C. QUÉBEC (COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES), 824.

5. Charte des droits — Liberté d'expression — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

de dépenses — Obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation — Période d'interdiction de publicité — Les dispositions qui régissent la publicité faite par les tiers et celles qui interdisent à ceux-ci de faire de la publicité le jour du scrutin portent-elles atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 323, 350, 351, 352 à 357, 359, 360, 362.

HARPER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 827.

6. Charte des droits — Droit de vote — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation — Période d'interdiction de publicité — Les dispositions qui régissent la publicité faite par les tiers et celles qui interdisent à ceux-ci de faire de la publicité le jour du scrutin portent-elles atteinte au droit de vote? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 3 — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 323, 350, 351, 352 à 357, 359, 360, 362.

HARPER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 827.

7. Charte des droits — Liberté d'association — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Les dispositions régissant la publicité faite par les tiers portent-elles atteinte à la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 351, 356, 357(3), 359, 362.

HARPER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 827.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Témoins — Contre-interrogatoire — Droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge — L'avocat doit-il présenter des éléments de preuve au soutien de son contre-interrogatoire ou est-il suffisant qu'il soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions?

R. C. LYTTLE, 193.

2. Iniquité procédurale au procès — Disposition réparatrice — L'avocate de la défense a été obligée d'assigner elle-même les policiers enquêteurs et de renoncer au droit que lui reconnaît la loi de s'adresser au jury en dernier — L'injustice en résultant pouvait-elle être corrigée par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. LYTTLE, 193.

3. Éléments de l'infraction — Recyclage des produits de la criminalité — Actus reus — Versions anglaise et française décrivant différemment l'actus reus de l'infraction — Quelle

DROIT CRIMINEL — Suite

version faut-il privilégier? — Principes d'interprétation des lois bilingues — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31.

R. c. DAOUST, 217.

4. Éléments de l'infraction — Recyclage des produits de la criminalité — Mens rea — Sens de l'expression « intention de convertir » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31.

R. c. DAOUST, 217.

5. Preuve — Corroboration — Complices — Accusé inculpé de vols à main armée — Témoignage du complice corroboré quant au vol qualifié, mais non quant à l'identité de l'accusé — La corroboration doit-elle impliquer l'accusé lorsque l'identité est la seule question qui se pose au procès?

R. c. KEHLER, 328.

6. Tribunaux — Compétence — Appels — Décès de l'appelant — Appelant reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Dépôt de l'avis d'appel par l'appelant, mais celui-ci décède avant l'audition de l'appel — Demande par le ministère public de l'arrêt de l'appel sept ans après le décès de l'appelant — Compétence pour entendre l'appel en matière criminelle après le décès de l'appelant — La Cour d'appel doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel?

R. c. SMITH, 385.

7. Détermination de la peine — Homicide involontaire coupable — Emprisonnement à perpétuité — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable par suite du viol et du décès subséquent de la victime âgée de 76 ans — Le juge chargé de la détermination de la peine a qualifié l'infraction d'« abomination » — Le juge a-t-il considéré tous les facteurs pertinents et exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire en condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité?

R. c. CHEDDESINGH, 433.

8. Détermination de la peine — Admissibilité à la libération conditionnelle — Justesse de l'ordonnance relative à la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

R. c. CHEDDESINGH, 433.

9. Troubles mentaux — Décisions des commissions d'examen — Modalités des décisions — Disposition du Code criminel précisant que la décision rendue par la commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l'accusé — Ce critère s'applique-t-il aux modalités particulières faisant partie de la décision? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

CENTRE DE SANTÉ MENTALE DE PENETANGUISHENE C. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL), 498.

DROIT CRIMINEL — Fin

10. Troubles mentaux — Décisions des commissions d'examen — Modalités des décisions — Disposition du Code criminel précisant que la décision rendue par la commission doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté » pour l'accusé — Ce critère s'applique-t-il aux modalités particulières faisant partie de la décision? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

PINET C. ST. THOMAS PSYCHIATRIC HOSPITAL, 528.

11. Appels — Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Dissidence en Cour d'appel soulevant une question de droit — Rejet de la requête en annulation d'appel.

R. c. LOHRER, 627.

12. Moyens de défense — Automatisme avec troubles mentaux — Procès pour meurtre devant juge et jury — Refus du juge du procès de soumettre au jury la défense d'automatisme avec troubles mentaux — Nature de la charge de présentation — Le moyen de défense pouvait-il être soumis à l'appréciation et à la décision du jury?

R. c. FONTAINE, 702.

DROIT D'AUTEUR

1. Violation du droit d'auteur — Photocopie — Transmissions par télécopieur — Barreau offrant un service de photocopie et mettant des photocopies libre-service à la disposition des usagers de sa bibliothèque — Éditeurs juridiques poursuivant le Barreau pour violation de leur droit d'auteur — Les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont-ils des œuvres « originales » protégées par le droit d'auteur? — Dans l'affirmative, le Barreau a-t-il violé le droit d'auteur des éditeurs? — La transmission par télécopieur, par le Barreau, des œuvres des éditeurs constituait-elle une communication des œuvres « au public »? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f.

CCH CANADIENNE LTÉE C. BARREAU DU HAUT-CANADA, 339.

2. Violation du droit d'auteur — Exception — Utilisation équitable — Barreau offrant un service de photocopie et mettant des photocopies libre-service à la disposition des usagers de sa bibliothèque — Éditeurs juridiques poursuivant le Barreau pour violation de leur droit d'auteur — L'utilisation par le Barreau des œuvres des éditeurs constituait-elle une « utilisation équitable »? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

CCH CANADIENNE LTÉE C. BARREAU DU HAUT-CANADA, 339.

DROIT D'AUTEUR — Fin

3. Œuvres protégées par le droit d'auteur — Sens du terme œuvre « originale » — Les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont-ils des œuvres « originales » protégées par le droit d'auteur? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale ».

CCH CANADIENNE LTÉE c. BARREAU DU HAUT-CANADA, 339.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Partage des biens — Contrat de mariage — Parties choisissant le régime de la séparation de biens dans leur contrat de mariage — Le contrat de mariage est-il inéquitable? — La redistribution judiciaire des biens doit-elle être maintenue? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 65(1).

HARTSHORNE c. HARTSHORNE, 550.

2. Biens familiaux — Cabinet d'avocats — Contribution indirecte de l'épouse au fonctionnement du cabinet d'avocats de son mari grâce à la gestion du ménage et à l'éducation des enfants — Le cabinet d'avocats doit-il être considéré comme un bien familial? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 58(3)e), 59(2).

HARTSHORNE c. HARTSHORNE, 550.

3. Aliments — Partage des biens — Double indemnisation — Parties choisissant le régime de la séparation de biens dans leur contrat de mariage — La redistribution judiciaire d'un bien constituant la principale source de revenu d'un conjoint a-t-elle donné lieu à une double indemnisation?

HARTSHORNE c. HARTSHORNE, 550.

DROIT DES BIENS

Rente — Fiducie — Régimes enregistrés d'épargne-retraite — Insaisissabilité — Droit de retrait — Aliénation de capital — Le régime enregistré d'épargne-retraite autogéré se qualifie-t-il comme une rente ou une fiducie? — Les fonds qui y sont versés sont-ils insaisissables? — Quelles sont les règles imposées par le Code civil pour qu'un régime enregistré d'épargne-retraite puisse se qualifier comme rente ou comme fiducie et ainsi être susceptible d'insaisissabilité?

BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE c. THIBAULT, 758.

DROIT MUNICIPAL

Règlements — Compétence en matière d'adoption de règlement — Règlement municipal régissant le secteur des taxis en prévoyant des exigences en matière de permis et le gel du nombre de permis — Démarche à adopter pour l'interprétation des lois habilitant les municipalités — Le règlement outrepasse-t-il la compétence conférée à la municipalité par la loi habilitante? — Municipal Government Act, S.A. 1994, ch. M-26.1, art. 7, 8, 9.

UNITED TAXI DRIVERS' FELLOWSHIP OF SOUTHERN ALBERTA c. CALGARY (VILLE), 485.

FAILLITE

Propositions — Résiliation de baux commerciaux — Baux cédés validement par le locataire à un cessionnaire devenu sub-séquemment insolvable — Avis du cessionnaire aux locataires les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — La résiliation des baux effectuée en vertu de l'art. 65.2 a-t-elle libéré le premier locataire de ses obligations en tant que cessionnaire initial? — Après la résiliation d'un bail, les cédants et les garants devraient-ils être assujettis à la même responsabilité? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.

CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. c. DOMGROUP LTD., 60.

IMPÔT SUR LE REVENU

Revenu provenant d'un emploi — Déductions — Dépenses liées aux ventes — Acquisition d'une liste de clients — Conseiller financier empruntant de l'argent pour acquérir la liste de clients d'un collègue — Le paiement versé pour l'acquisition d'une liste de clients et les intérêts payés sur les fonds empruntés sont-ils déductibles? — Les paiements ont-ils été versés « au titre du capital »? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. I (5^e suppl.), art. 8(1)f).

GIFFORD c. CANADA, 411.

LÉGISLATION

1. Interprétation — Lois bilingues — Code criminel — Versions anglaise et française décrivant différemment l'actus reus de l'infraction — Quelle version faut-il privilégier? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31.

R. C. DAOUST, 217.

LÉGISLATION — Fin

2. Interprétation — Loi déclaratoire — Contrat constitutif de rente — Quel est l'effet de la disposition déclarant qu'une faculté de retrait partiel ou total n'empêche pas un contrat constitutif de rente d'être considéré comme tel? — Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002, ch. 70, art. 187.

BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE c. THIBAULT, 758.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Atteinte illicite à un droit — Réparation — Policier — Refus d'embauche discriminatoire découlant de l'application de la norme d'acuité auditive fixée par la CUM en vertu de sa loi constitutionnelle — Tribunal des droits de la personne du Québec rejetant la demande de dommages-intérêts, déclarant la norme réglementaire inopposable au plaignant et ordonnant à la CUM de le réintégrer rétroactivement dans le processus d'embauche — Cette réparation est-elle appropriée? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL, 789.

2. Atteinte illicite à un droit — Réparation — Dommages-intérêts — Principes de droit public excluant la possibilité de recours en dommages-intérêts lorsque des lois sont déclarées constitutionnellement invalides — Ces principes font-ils obstacle à la mise en œuvre de l'art. 49 de la Charte des droits et libertés de la personne qui consacre le droit de réclamer des dommages-intérêts? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.

QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL, 789.

LOCATAIRES ET LOCATEURS

Baux commerciaux — Clause de cession — Locataire commercial insolvable — Baux cédés validement par le locataire à un cessionnaire devenu subséquemment insolvable — Avis du cessionnaire aux locataires les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — Les droits des locataires et du locataire initial ont-ils été touchés par les procédures engagées en vertu de l'art. 65.2? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.

CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. c. DOMGROUP LTD., 60.

PRATIQUE

Parties — Substitution de partie.

CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE), 672.

PREUVE

Secret professionnel — Fardeau de la preuve — La partie qui invoque le secret professionnel a-t-elle le fardeau de preuve initial de démontrer que l'information recherchée est protégée par l'obligation de confidentialité?

SOCIÉTÉ D'ÉNERGIE FOSTER WHEELER LTÉE C. SOCIÉTÉ INTERMUNICIPALE DE GESTION ET D'ÉLIMINATION DES DÉCHETS (SIGED) INC., 456.

PROCÉDURE CIVILE

Saisie — Régime enregistré d'épargne-retraite autogéré — Les fonds versés dans un régime d'épargne-retraite autogéré sont-ils insaisissables?

BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE c. THIBAULT, 758.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Grève — Dispositions anti-briseur de grève — Injonction — Employeur cessant d'offrir les services exécutés par ses techniciens de scène en grève — Services techniques devenant à la charge des locataires de salles de spectacle — L'employeur enfreint-il l'art. 109.1b) du Code du travail qui lui interdit d'utiliser les services d'une personne à l'emploi d'un autre employeur pour remplir les fonctions des salariés en grève? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 109.1b).

A.I.E.S.T., LOCAL DE SCÈNE N° 56 c. SOCIÉTÉ DE LA PLACE DES ARTS DE MONTRÉAL, 43.

2. Convention collective — Interprétation par l'arbitre du travail — Obligation de l'employeur d'embaucher les travailleurs assignés — Norme de contrôle applicable à la sentence arbitrale.

VOICE CONSTRUCTION LTD. c. CONSTRUCTION & GENERAL WORKERS' UNION, LOCAL 92, 609.

3. Conseil d'arbitrage — Étendue du pouvoir de réparation du conseil d'arbitrage — Congédiement injustifié d'une employée pour cause de lacunes non blâmables — Dommages-intérêts accordés par le conseil au lieu de la réintégration — Le conseil d'arbitrage pouvait-il accorder des dommages-intérêts

RELATIONS DE TRAVAIL — Fin

au lieu de la réintégration en cas de congédiement pour cause de lacunes non blâmables? — Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 142(2).

ALBERTA UNION OF PROVINCIAL EMPLOYEES C.
LETHBRIDGE COMMUNITY COLLEGE, 727.

RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Responsabilité professionnelle — Notaires — Fonds d'indemnisation — Cliente âgée vendant à son notaire son immeuble pour la somme d'un dollar — Immeuble revendu par le notaire pour 550 000 \$ — Vente annulée par le tribunal — Notaire déclarant faillite — Réclamation contre le Fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires — Comité administratif de la Chambre refusant la réclamation au motif que le notaire agissait en sa qualité personnelle plutôt que professionnelle — La décision du Comité administratif est-elle manifestement déraisonnable? — Règlement sur le fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires du Québec, R.R.Q. 1981, ch. N-2, r. 8, art. 2.01 — Code de déontologie des notaires, R.R.Q., ch. N-2, r. 3, art. 4.02.01.

GIGUÈRE C. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 3.

2. Responsabilité professionnelle — Notaires — Fonds d'indemnisation — Indemnité maximale payable pour le total des réclamations contre le même notaire fixée par règlement à 300 000 \$ — Cette limite exclut-elle le versement des intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle prévus au Code civil du Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1617, 1619.

GIGUÈRE C. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 3.

RESTITUTION

Enrichissement sans cause — Pénalité pour paiement en retard — Action en restitution pour enrichissement sans cause intentée par les clients d'une entreprise de distribution de gaz réglementée à la suite de l'infraction, par cette dernière, de pénalités pour paiement en retard représentant un taux d'intérêt supérieur à la limite prescrite par l'art. 347 du Code criminel — L'action pour enrichissement sans cause des clients est-elle fondée? — Moyens de défense que l'entreprise peut opposer à l'action — D'autres ordonnances accessoires sont-elles requises?

GARLAND C. CONSUMERS' GAS CO., 629.

VALEURS MOBILIÈRES

1. Commission des valeurs mobilières — Application de la loi — Sanction administrative — Principes à prendre en compte par la Commission pour l'imposition de sanctions administratives d'intérêt public — Dissuasion générale — Imposition par la Commission de la sanction administrative maximale à deux courtiers en valeurs mobilières pour ne pas avoir respecté l'obligation de prospectus — La dissuasion générale constitue-t-elle un facteur pertinent pour la détermination d'une pénalité qui est dans l'intérêt public? — Pour déterminer les sanctions, la Commission doit-elle tenir compte des règlements amiables conclus par son directeur général avec d'autres courtiers? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 162.

CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE), 672.

2. Commission des valeurs mobilières — Appel de la décision de la Commission — Imposition par la Commission de la sanction administrative maximale à deux courtiers en valeurs mobilières pour ne pas avoir respecté l'obligation de prospectus — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant la pénalité? — La question de la pénalité aurait-elle dû être renvoyée à la Commission? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 167(3).

CARTAWAY RESOURCES CORP. (RE), 672.
